05/2024
Mai

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20240805-114413-0
URN urn:nbn:de:0301-20240805-114413-0-8

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

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

© 2024 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz. Um den Lizenztext einzusehen besuche creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License. To view a copy of this license, visit creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Klima & Umwelt Climate & Environment

Christian Flachsland, Jacob Edenhofer, Claudia Zwar
Eine vertane Chance, aber keine Katastrophe: Die Novelle des Bundes-Klimaschutzgesetzes 807

Christian Flachsland, Jacob Edenhofer, Claudia Zwar
Not a Disaster, but a Missed Opportunity: The Amendment to the Federal Climate Protection Act 812

Straf- & Sicherhheitsrecht Crime, Security & Law

Milan Kuhli, Julius Bayón
Spionage im Europäischen Parlament?: Zur Frage einer Strafbarkeit von Jian G. und Maximilian Krah wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit 816

Oliver Tolmein
Kommunikatives Tabu ohne Zukunft?: § 86a StGB und das Höcke-Urteil des Landgerichts Halle 819

Mark A. Zöller
Und (fast) täglich grüßt das Murmeltier: BKA-Produkttest von Gesichtserkennungssoftware offenbart verfassungsrechtliche Fehlverständnisse 822

Lukas Martin Landerer
Things That Are Different Are Not the Same: Die automatisierte Analyse massenhafter Internetdaten und die Vorratsdatenspeicherung 825

Andreas Ruch
Polizei und Taser: Ein riskantes Einsatzmittel mit dem Potential der Normalisierung polizeilicher Gewaltanwendung 829

Max Mewes, Alessandro Giannini
Half-baked decision: THC als unzulässiger Bezugsmaßstab der „nicht geringen Menge" 833

Versammlungsrecht Freedom of Assembly

Kai Ambos
Scharfgestellte Staatsräson: Zum Umgang deutscher Sicherheitsbehörden mit dem Berliner „Palästina-Kongress" 836

Noah Zimmermann
Studierendenproteste im Versammlungsrecht 844

Thorsten Koch
Verfassungsfeindlicher Protest und Versammlungsrecht 847

Milad Schubart
Polizeifestigkeit nur noch mit Grundrechtsschutz?: Verteidigung einer robusten Sperrwirkung des Versammlungsrechts 850

Benjamin Rusteberg
Unfriedlichkeit statt Verhinderungsblockade: Wie das Bundesverwaltungsgericht den Teufel mit dem Beelzebub austreibt (Besprechung BVerwG Urteil vom 27. März 2024 – 6 C 1.22) 854

Wehrhafte Demokratie & Schutz Demokratischer Institutionen Defensive Democracy & Protection of Democratic Institutions

Felix Oldenburg, Carlotta Musiol
Alte Konservative, Neue Rechte – die AfD vor dem OVG Münster: Nach Tag 5 der mündlichen Verhandlung zur Verdachtsfalleinstufung der AfD 860

Johannes Forck
Doppelt hält besser: Der Bundesrat als Beschützer des Bundesverfassungsgerichts 864

Tristan Wißgott
Amtsgedanke und neutralisierter Demokratiebegriff: Eine fragwürdige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Status politischer Beamter 867

Armin Steinbach
Schutz vor einer Politik durch Köpfe 872

Berkan Kaya
Parteiverbotsverfahren zum Schutz vor Rassismus 875

Thüringen-Projekt Thuringia Project

Ulrich Karpenstein, Stephan Kirschnick
Offene Flanken der Brandenburger Justiz 878

Ali Ighreiz, Joschka Selinger
Wie klage ich meinen Landrat weg?: Die Wahlanfechtung als Quasi-Popularklage in Thüringen 881

Klaas Müller, Vivian Kube
Die Voraussetzungen fördern oder „How Democracies Survive" 885

Andreas Nitschke
Die Beamtenschaft zwischen Courage und Pflicht: Konfliktlagen für Beamt:innen bei Weisungen einer autoritär-populistischen Hausspitze 889

Carl Seemann
Von frommen Wünschen und dicken Knüppeln: Art. 28 Abs. 3 GG als Anspruchsnorm der Länder gegen den Bund 892

Verfassungsgeschichte & Jubiläen Constitutional History & Anniversaries

Christoph Möllers
Mythos Wertefundament: 75 Jahre Grundgesetz 896

Mathias Hong
Immanuel Kant's 300th Birthday, Human Dignity, and the German Constitution 898

Verschiedenes Miscellaneous

Bettina Heiderhoff
Männer- statt Minderjährigenschutz: Der aktuelle Gesetzentwurf zur Minderjährigenehe 900

K. Ambos, C. Barskanmaz, G. Frankenberg, M. Goldmann, A. K. Mangold, N. Markard, J. Montag, T. Wihl
Antidiskriminierungsklauseln im Zuwendungs- und Förderungsrecht: Rechtliche Überlegungen 903

Frauke Pöttgen
Namhafter Fortschritt?: Warum das neue Namensrecht nicht so antidiskriminierend ist, wie es sich gibt 911

Europa Europe

Digitales Digital

Lennart Laude, Andreas Daum
KI als neues Wahlkampfinstrument: Offene Flanke der KI-Regulierung? 914

Marco Mauer
The Unbearable Lightness of Interfering with the Right to Privacy: ECJ on Data Detention in La Quadrature du Net II 918

Daniel Holznagel
Follow Me to Unregulated Waters!: Are Major Online Platforms Violating the DSA's Rules on Notice and Action? 921

Klima & Umwelt Climate & Environment

Janine Prantl
After Switzerland Comes Austria: Why the ECtHR could soon grant individual standing in a climate mitigation case for the first time 925

Bernhard Wegener
A Human Right to Climate Protection as "Life-Saving Treatment"?: Risks and Side Effects of the Climate Jurisdiction as Defended by Manuela Niehaus 928

Manuela Niehaus
Globules or Life-Saving Treatment after all? On the Effect of Climate Lawsuits: A Response to Bernhard Wegener – Homeopathic Globules for Environmental Lawyers 931

Migrations-, Asyl- & Staatsangehörigkeitsrecht Migration, Asylum & Citizenship

Martijn van den Brink
3½ Myths about EU law on Citizenship for Sale: EU Law and Investor Citizenship 935

Milka Sormunen
Legalising Illegality: Finland's Proposed Pushback Legislation 939

Pia Lotta Storf
Bend it like Britain? 943

Kris van der Pas
Litigating the EU-Turkey Deal 946

Agostina Pirrello
Nigeria as a Safe Country of Origin?: On the Production and (Mis)Use of Country of Origin Information 949

Aron Bosman
A Collision Foretold: The New Dutch Migration Plans Clash with the EU Migration Pact 952

Zoltán Szente
Ten Commandments to Stifle Academic Freedom: A Toolbox for Autocrats 954

Viktoriia Lapa, Justin Frosini
Challenges to Georgia's EU Integration: Is the Georgian 'Russian Law 2.0' contrary to the Georgian Constitution? 957

Tomasz Tadeusz Koncewicz
On Rebuilding and … Keeping the Rule of Law 960

Mariusz Jelonek
The Autocratic Party-Structure of PiS: Institutional Reasons for the Polish Constitutional Crisis from a Comparative Perspective 963

Léonie de Jonge
Rechtsaußen in Europa: Gespalten und doch widerstandsfähig 966

Eva Isabell Martin
Unionsfeindlichkeit und Obstruktion: Wie effektiv schützt sich das Europäische Parlament vor Angriffen von innen? 969

Vereinigtes Königreich United Kingodm

Holger P. Hestermeyer, Alexander Horne
The UK Parliament, the UK-Rwanda Agreement and the CPTPP: Why the UK Parliament's Weak Role in Treaty-Making Needs Reform 973

Kacper Majewski
Unconstitutionality à l'Anglaise: Is the UK having its Marbury v Madison moment? 976

Colin T Reid
Climate, Constitution and Party Politics: How a Climate Crisis Created a Political Crisis in Scotland 979

Verschiedenes Miscellaneous

Neus Vidal Marti, Viktoria Kraetzig
Why Europe Needs a Harmonised Access to Information Act 982

Marco Bevilacqua
The Reform of the EU Fiscal Rules: Strengthening Economic Protectionism in the Union 986

Jarne De Geyter
The EU Association Agreement with Andorra and San Marino: Reaching the Boundaries of the EU's Association Competence 989

Alberto Alemanno
Unboxing the EU Body for Ethical Standards 992

Ester Herlin-Karnell
A "Me too" Movement in the Equestrian Arena? 995

Zuzana Vikarská, Sarah Ouředníčková
The New Transgender Ruling in Czechia: From Ignorance to Responsiveness 998

International International

Amerika Americas

Thalia Viveros-Uehara
La Oroya and Inter-American Innovations on the Right to a Healthy Environment 1002

Verena Kahl, José Daniel Rodríguez-Orúe
Upgrading Environmental Rights: La Oroya and its Significance for a Safer Climate 1006

Urs Saxer, Roman Kollenberg
„Mr. President, Does the TikTok ban conform with the Constitution?" 1010

Randall Stephenson
Untying the Gordian Knot: A Defamation Primer for the 2024 US Presidential Race 1014

Robin Celikates
Bitte keine Störung?: Warum die repressiven Polizeieinsätze an US-Unis so gefährlich für die Demokratie sind 1018

Asien Asia

Vincent K.L. Chang
China's Memory Laws: The Global Reach of Beijing's Push to Juridify Memory 1022

Arpitha Kodiveri
The Genre-Bending of Climate Litigation in India 1025

Israel & Palästina Israel & Palestine

Stefan Talmon
Why the Provisional Measures Order in Nicaragua v. Germany severely limits Germany's ability to transfer arms to Israel 1027

Michael A Becker
Nicaragua Comes Up Empty: Provisional Measures in Nicaragua v Germany at the ICJ 1030

Lisa Wiese, Charlotte Langer
Gaza, Artificial Intelligence, and Kill Lists 1034

Stefanie Bock
Anträge mit Sprengkraft: Zu den Anträgen auf Haftbefehle durch den Chefankläger des IStGH im Gaza-Konflikt 1038

Juliette McIntyre
Consensus, at what Cost? 1042

Ozeanien Oceania

Julian Schramm
On Kanaks and Caldoches: New Caledonia's Electoral Reform and the Right to Self-Determination 1045

Pierre-Emmanuel Rodriguez
The Electoral Reform in New Caledonia as a Blessing in Disguise: Kanak Minority versus the Right to Vote 1048

Verschiedenes Miscellaneous

Tal Mimran
The Battle for Immunity: Revival of the Debate on State Officials' Immunity from Foreign Criminal Jurisdiction 1051

Christian Flachsland, Jacob Edenhofer, Claudia Zwar

Eine vertane Chance, aber keine Katastrophe

Die Novelle des Bundes-Klimaschutzgesetzes

doi: 10.59704/2c0758cc33ed9dc3

Nach langen Verhandlungen innerhalb der Ampel-Koalition hat der Bundestag am 26. April 2024 eine Novelle des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) beschlossen. Teils harte Kritik von Umweltverbänden, Expert*innen und Kommentator*innen (hier, hier, hier, hier, und hier) hat sich insbesondere an der Abschaffung der jahresscharfen Sektorziele als Grundlage für die gesetzliche Pflicht zur Vorlage von Sofortprogrammen entzündet. Die Deutsche Umwelthilfe (DUH) beispielsweise sprach von einem „Schlag ins Gesicht junger Menschen und zukünftiger Generationen“ und der Vorsitzende des Bundes für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND), Olaf Bandt, resümierte, dass dem Gesetz „entscheidende Zähne“ gezogen worden seien.

Die ursprüngliche Fassung des KSG sah vor, dass eine Pflicht zur Vorlage von Sofortprogrammen durch zuständige Bundesministerien sowie eine Verabschiedung durch die Bundesregierung dann entsteht, wenn die vom Umweltbundesamt (UBA) ermittelten Treibhausgas(THG)-Daten – sofern vom Expertenrat für Klimafragen (ERK) bestätigt – anzeigen, dass ein Sektor sein jährliches THG-Reduktionsziel im Vorjahr nicht erreicht hat. Dieser Mechanismus wird durch die Novelle abgelöst. Wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Ex-ante-Projektionsdaten eine Zielverfehlung für die kumulativen THG-Emissionen der Jahre 2021-2030 anzeigen, ist die Bundesregierung nun verpflichtet, Maßnahmen zur Einhaltung des kumulativen Emissionsziels zu verabschieden. Zur Vorlage entsprechender Maßnahmen sind dabei in erster Linie (aber nicht nur) Ministerien verpflichtet, in deren Zuständigkeitsbereich die zur Überschreitung beitragenden Sektoren fallen.

Wir argumentieren, dass viele Kritiker*innen die Wirksamkeit des alten KSG-Mechanismus für die Durchsetzung („enforcement“) der ambitionierten deutschen Klimaziele überschätzen. Eine realistische Einschätzung der Möglichkeiten und Grenzen institutioneller Regelungen zur Durchsetzung ambitionierter Klimapolitik legt stattdessen nahe, dass mit der Novelle einerseits eine Reihe von graduellen und potentiell wirksamen Reformen eingeführt wurden, andererseits aber auch Chancen zur Verbesserung ungenutzt bleiben.

Im Folgenden diskutieren wir zum einen zentrale Vor- und Nachteile der KSG-Novelle. Zum anderen identifizieren wir eine Reihe von Optionen, die dazu beitragen könnten, ein (noch) robusteres rechtliches Rahmenwerk für eine ambitionierte nationale Klimapolitik im Europäischen Kontext zu schaffen. Auch diese Reformen, das sei dem Folgenden vorangestellt, werden die Zielerreichung nicht garantieren können. Denn selbst eine zentrale klimapolitische Institution wie das KSG kann fundamentale klimapolitische Herausforderungen letztlich nur bedingt lösen.

Die Grenzen der Durchsetzbarkeit von Klimazielen durch rechtliche Vorgaben

Die Verteidiger*innen der auf Basis einer Ex-post-Überprüfung von jahresscharfen Sektorzielen ausgelösten gesetzlichen Pflicht zur Vorlage von Sofortprogrammen argumentieren, dass durch die rechtliche Vorgabe und die damit klare ministeriale Verantwortungszuweisung zuständige Ministerien mit höherer Wahrscheinlichkeit ambitionierte Klimaschutzmaßnahmen vorschlagen werden, als es ohne den Mechanismus der Fall wäre (ERK 2023, Kapitel 7, Tabelle 9). Dieser rechtliche Mechanismus kann durch einen informellen Sanktionsmechanismus verstärkt werden – dem politischen Druck, der durch einen potentiellen Reputationsschaden bei hoher medialer Sichtbarkeit klimapolitischer Zielverfehlung entstehen kann (Zwar et al. 2023 S. 37).

Ist diese Argumentation überzeugend? Zunächst muss festgehalten werden, dass das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) unter der Leitung des Ministers Volker Wissing (FDP) in den vergangenen Jah-

ren sehr deutlich gemacht hat, dass es dieser gesetzlichen Vorgabe des KSG nicht zu folgen bereit ist. So stellte der ERK 2022 fest, dass das vom BMDV vorgelegte Sofortprogramm schon im Ansatz nicht den Anforderungen des KSG entsprach. Auch eine entsprechende Klage seitens der DUH und des BUND mit einem die Bundesregierung zur Vorlage eines KSG-kompatiblen Sofortprogramms verpflichtenden Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg im Herbst 2023 änderte offenbar kaum etwas an der Haltung des BMDV. Auch in den Folgejahren wurde – u.a. mit Verweis auf die angestrebte und nun verabschiedete KSG-Novelle – kein ambitioniertes und wirksames Sofortprogramm für den Verkehrssektor vorgelegt (ERK 2023).

Das ist wenig überraschend, wenn man die mögliche Wirksamkeit klimapolitischer Institutionen in ihrem breiteren politischen und institutionellen Kontext und unter der Annahme nach ihrem Eigeninteresse handelnder, (begrenzt) rationaler politischer Akteure analysiert (Zwar et al. 2023): So lange Institutionen die Kosten und Nutzen politischer Akteure – hier: politische Parteien, Minister*innen und Ministerien – nicht entscheidend verändern, werden sie auch nicht zu substantiellen Verhaltensänderungen führen. Gesetzestexte und mediale Berichterstattung können ignoriert werden. Genau das scheint beim alten KSG-Nachsteuerungsmechanismus mit Sektorzielen und Sofortprogrammen der Fall: Es gibt schlicht keine Instanz, die ein Ministerium direkt zwingen könnte, sein Verhalten zu ändern. Stattdessen müssen Institutionen, um wirksam oder „self-enforcing" zu sein, die Anreize der handelnden Akteure so umstrukturieren, dass sie aus Eigeninteresse ihr Verhalten entsprechend ändern. Regeln sind also dann „selbstdurchsetzend", wenn Akteure sich an diese halten, obwohl es keine dritte Instanz gibt, die die Akteure zur Regelkonformität zwingen kann (Przeworski 1991, 2008, 2018; Myerson 2009; Fearon 2011; Svolik 2015). Das war beim Mechanismus der Sektorziele und Sofortprogramme offensichtlich nicht der Fall. Daher erscheint die Bewertung seiner Abschaffung als „klimapolitische Katastrophe" übertrieben.

Das heißt nicht, dass wir die Novelle des KSG vorbehaltlos begrüßen. Es geht uns vielmehr darum, die Grenzen eines vornehmlich juristischen klimapolitischen Ansatzes aufzuzeigen, gemäß dem rechtlich verbindliche und jahresscharfe Sektorziele die *conditio sine qua non* ambitionierter Klimapolitik sind. Dieser Ansatz verkennt, dass die Sektorziele nicht „selbst-durchsetzend" waren. Obwohl sie die *de jure* Pflichten verschärft haben, wurden die Anreize der relevanten Akteure durch die Sektorziele offenbar nur recht geringfügig verändert. Solange Minister*innen bereit waren, einen kurzlebigen Medienaufschrei über sich ergehen zu lassen, konnten sie ihre Pflichten ignorieren – daran würde auch das Festhalten an der früheren Rolle der Sektorziele wenig ändern. Zudem verlieren die Sektorziele zwar ihre Rolle als Auslöser für ministerielle Vorschläge von Sofortprogrammen, sie bestehen im KSG aber weiterhin fort. So könnten sie informell etwa vom ERK oder anderen Organisationen weiterhin als Indikator für den klimapolitischen Fortschritt in einzelnen Sektoren sowie die „Leistung" der zuständigen Ministerien verwendet werden.

Die KSG-Novelle stellt so gesehen eine geringere Abweichung vom *status quo* dar, als die meisten Kommentare und Reaktionen nahelegen. Deshalb ist sie keine Katastrophe, aber eine vertane Chance: Denn trotz einiger vielversprechender Ansätze hat es die Bundesregierung weitestgehend verpasst, die klimapolitischen Anreize für die relevanten Akteure zu stärken und somit den Eindruck einer Klimapolitik bestätigt, die in weiten Teilen nicht im Einklang mit den langfristigen deutschen und europäischen Klimazielen steht.

Auf übersektorale Perspektive und Maßnahmen konzentrieren

Ausdrücklich zu begrüßen sind in der Novelle insbesondere zwei andere Aspekte der Reform des Nachsteuerungsmechanismus: Erstens, eine weitere Verschiebung des Fokus von sektor-spezifischen Zielen und sektorspezifischer Steuerung auf einen sektorübergreifenden Ansatz. Zweitens, die Umstellung von einer Ex-post- auf eine Ex-ante-Perspektive in der Auslösung von Nachsteuerungspflichten. Beide Änderungen sind in der Novelle aber nicht konsequent umgesetzt – eine Reihe ergänzender Reformen wären denkbar gewesen.

Zuerst zum sektorübergreifenden Ansatz: Das Fit-for-55-Paket der EU hat mit der Reform des EU-Emissionshandelssystems für die Sektoren Strom, Industrie, innereuropäische Flüge und nun auch Schifffahrt (EU ETS 1) sowie mit der Einführung eines Emissionshandelssystems für die Sektoren Wärme und Straßenverkehr (EU ETS 2) ab 2027 die zentrale Rolle des Emissionshandels als Leitinstrument in der EU – und damit auch der

deutschen Klimapolitik – bestätigt. Diese beiden Systeme setzen verbindliche Emissionsobergrenzen für ca. 80% der EU-THG-Emissionen, die etwa bis zum Jahr 2039 (ETS 1) und 2045 (ETS 2) linear auf Null herabsinken (Pahle et al. 2023). Die Einführung eines EU ETS 3 für den Landwirtschaftssektor wird derzeit diskutiert. Perspektivisch wird eine Diskussion über die Zusammenführung dieser Systeme geführt werden (müssen). In Deutschland wird zudem die Neuausrichtung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG) vorbereitet, das seit 2019 ein nationales Emissionshandelssystem für die Sektoren Verkehr und Gebäude eingeführt hat.

Vor diesem Hintergrund der klimapolitisch sehr erfreulichen Etablierung von Emissionshandelssystemen als Leitinstrumente zur Einhaltung der europäischen und deutschen Klimaziele kommt sektor-spezifischen Maßnahmen eine ergänzende Rolle zu: Sie sollten in den verschiedenen Sektoren gezielt Marktversagen und andere Barrieren für eine kostengünstige und zügige Dekarbonisierung im Einklang mit den Klimazielen adressieren. Das aber ist eine andere Funktion als in den früheren sektoralen KSG-Sofortprogrammen verankert, wonach sie das zentrale Instrument für Emissionsreduktionen waren. Zwar erlaubte auch das alte KSG die Einführung sektorübergreifender Maßnahmen als Teil der Sofortprogramme; mit dem Fokus auf Sektorziele und ministeriale Verantwortlichkeiten bestand aber stets die Gefahr von Silo-Denken und ad-hoc-Maßnahmen, die ohne eine integrierte Betrachtung ihrer Wirksamkeit, Kosteneffizienz und Verteilungseffekte rasch in einen teils inkonsistenten Flickenteppich von Maßnahmen münden können. Die Novelle trägt dieser Überlegung, neben der Abschaffung des auf Sektorzielen basierenden Nachsteuerungsmechanismus, immerhin rhetorisch Rechnung, indem sie betont, dass die Vorschläge der Ministerien „auch sektorübergreifende Maßnahmen enthalten“ (§8 (2) KSG) können.

Diese Grundidee ist sinnvoll, könnte aber stärker weiterentwickelt werden, um die politischen Anreize in der klimapolitischen Planung substanzieller zu verändern. Eine Option bestünde darin, verbindlichere Eckpunkte für den interministeriellen Prozess der Planung von klimapolitischen Reformen festzuschreiben. So könnte eine Pflicht zur vorrangingen Prüfung der Wirkungen und möglichen Reformen in den Emissionshandelssystemen EU ETS 1 & 2 – die freilich nicht unmittelbar durch die Bundesregierung geändert werden können – sowie im nationalen BEHG eingeführt werden, bevor darüber hinaus gehende sektorale Maßnahmen vorgeschlagen werden. Dabei kann eine umfassende Begründungspflicht für die als erforderlich erachteten Reformen der Emissionshandelssysteme und der zusätzlichen Maßnahmen eingeführt werden, um eine explizitere Analyse und Debatte der Angemessenheit von Reformmaßnahmen anzureizen.

Denkbar wäre auch, die Möglichkeit von Förderprogrammen und Regulierungen regelbasiert, also analog zu automatischen Stabilisatoren in der Fiskalpolitik, an die Höhe des CO_2-Preises zu koppeln, um so durch institutionelle Mechanismen die ministerialen Anreize in der Planung nationaler klimapolitischer Maßnahmen im Rahmen der europäischen Emissionshandelssysteme zielgenauer zu strukturieren. Ergänzend könnten verbindliche Ex-post- und Ex-ante-Abschätzungen der Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Verteilungswirkungen des Maßnahmenmixes die klimapolitische Planung verbessern, denn derzeit wird die Wirksamkeit bestehender Maßnahmen etwa des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) nicht systematisch ex-post evaluiert. Mehr evidenzbasierte Transparenz sowie eine kritische Diskussion über die Wirkung bestehender und potentieller zukünftiger Maßnahmen könnte die Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung erhöhen.

Fokus auf Ex-ante-Evaluierung richtig, aber voraussetzungsreich

Das novellierte KSG sieht eine Verpflichtung zur Nachsteuerung der klimapolitischen Maßnahmen vor, wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Ex-ante-Projektionsdaten des UBA eine Zielverfehlung für die kumulativen THG-Emissionen der Jahre 2021-2030 aufweisen. Die verstärkte Ex-ante-Ausrichtung ist deshalb zu begrüßen, weil es bei Klimapolitik um einen langfristigen Transitionsprozess Richtung Klimaneutralität 2045 und negative Emissionen darüber hinaus geht – nicht um die THG-Reduktionen in einem bestimmten Jahr. Es ist richtig, die Regeln zur Steuerung dieses Prozesses so auszugestalten, dass dieser Strukturwandel statt jährlicher Sektorziele im Fokus steht. Auch bei dieser begrüßenswerten Neuerung bleiben aber zentrale Fragen ungeklärt.

Zunächst werden glaubwürdige Modellierung(en) und Projektionsdaten für THG-Emissionen benötigt. Allerdings verfügen derzeit nur wenige Institute über die ent-

sprechende Expertise, so dass es wenig Auswahl gibt. Auf Grund der hohen Kosten der Modellentwicklung besteht hier vermutlich ein „natürliches Monopol". Hilfreich könnte daher etwa die Entwicklung eines „open-source"-Modells sein, das etwa am UBA betreut und entwickelt werden könnte. Modellvergleiche können helfen, die Projektionsdaten einzuordnen und einen qualitätsstärkenden Peer-review-Prozess in Gang zu bringen. Der ERK sollte personell und mit den erforderlichen zusätzlichen Ressourcen ausgestattet werden, um – gemäß des jüngsten Auftrags der Bundesregierung zur Prüfung der Projektionsdaten – eine kritische Analyse der Modellierung vornehmen und eventuell selbst komplementäre Studien in Auftrag geben zu können.

In jedem Fall sollte der Projektionsbericht den hohen Unsicherheiten in der Modellierung von mittel- bis langfristigen Emissionspfaden durch erforderliche Annahmen u.a. über die BIP-Entwicklung, technischen Fortschritt und andere ungewisse Faktoren systematisch Rechnung tragen. Hier können detaillierte Sensitivitätsanalysen helfen. Zudem können bei der Nachsteuerung der Maßnahmen die Reaktion der klimapolitischen Instrumente (z.B. der sich automatisch anpassende Preis im Emissionshandel) mitberücksichtigt werden. Eine verbindliche und umfassende Berücksichtigung von Unsicherheiten im Projektionsbericht kann die Anreize der handelnden Akteure in der Regierung und darüber hinaus erhöhen, sich mit den unvermeidlichen Unsicherheiten in der Klimapolitik auseinander zu setzen und sie bei der Gestaltung der Maßnahmen zu berücksichtigen. Das setzt freilich voraus, dass diese Akteure auch ein Interesse an der wirksamen Gestaltung effektiver Klimapolitik haben.

Kleine Fortschritte

Die KSG-Novelle enthält neben der bereits angesprochenen Umstellung auf eine sektorübergreifende Perspektive und die nach vorne blickende Nachsteuerung einige weitere inkrementelle Verbesserungen. Davon möchten wir zwei hervorheben. Erstens wird eine Regelung des schwedischen Klimaschutzgesetzes übernommen, wonach jede neue Bundesregierung innerhalb von 12 Monaten nach Beginn der Legislaturperiode ein Klimaschutzprogramm – den klimapolitischen Gesamtplan der Bundesregierung – beschließen muss. In Schweden hatte dieses institutionelle „Agenda-Setting" den Effekt, dass auch Regierungen mit geringer Priorisierung von Klimapolitik sich mit dieser zumindest auseinander setzen mussten (Zwar et al. 2023).

Im Kontext deutscher Koalitionsregierungen könnte dieser Prozess zu einer gemeinsamen Bestandsaufnahme von Ministerien und Parteien genutzt und zur Ausarbeitung einer detaillierten klimapolitischen Agenda im Modus positiver Koordination genutzt werden: Interministerielle Task Forces könnten auf verschiedenen Ebenen mit entsprechendem Mandat den Leitungsebenen einen gemeinsamen Plan zur (Weiter-)Entwicklung der deutschen und europäischen Klimapolitik erarbeiten. Selbstverständlich setzen solche innovativen Formate eine politische Kooperationsbereitschaft der Koalitionspartner voraus und es ist unklar, ob sie im deutschen politischen System gut funktionieren werden. Solche Formate bieten aber auch die Chance, gleich zu Beginn der Legislaturperiode politische Konflikte und Sachthemen in enger Koordination gemeinsam zu bearbeiten. Zudem können sie die Koalitionsverhandlungen von der teils massiven Detailarbeit klimapolitischer Planung entlasten. Außerdem bietet ein solcher Prozess die Möglichkeit, im Rahmen etwa von (internen oder öffentlichen) Anhörungen oder auch mandatierter Kurzstudien die beträchtliche klimapolitische Expertise in Deutschland zu bündeln und nutzbar zu machen (Flachsland et al. 2021).

Zweitens ist auch die Erweiterung des Mandats des Expertenrates positiv zu bewerten. So stattet die Novelle den ERK nun mit einem Initiativrecht für „Gutachten zur Weiterentwicklung geeigneter Klimaschutzmaßnahmen auf Basis der Emissions- sowie Projektionsdaten" (§12 (5) KSG) aus. Hilfreich ist unseres Erachtens auch die explizite Spezifizierung der vom ERK zu berücksichtigenden Kriterien der sozialen Verteilungswirkungen, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit in seinen Stellungnahmen und Gutachten. Offen bleibt, wie der ERK dieses Mandat mit der für eine andere, ursprünglich eng umrissene Aufgabe (Prüfung der Emissionsdaten) vorgesehenen personellen Aufstellung, Ausstattung und finanziellen Kapazität bewerkstelligen kann. Hier erscheint eine Erweiterung der Aufstellung und Ausstattung notwendig.

Eine vertane Chance, aber keine Katastrophe

Neben den oben skizzierten kleineren Fortschritten, mit denen die Anreize der handelnden Akteure im klimapolitischen Prozess wenigstens graduell in Richtung einer verbesserten klimapolitischen Steuerung verschoben werden dürften, verbleibt in der Einordung der KSG-

Novelle der Eindruck einer vertanen Chance. Wie bereits ausgeführt sind insbesondere die stärkere inhaltliche und prozedurale Strukturierung der klimapolitischen Reformprozesse, die verbesserte Aufstellung des ERK und des UBA, und eine Stärkung des Prozesses zum Projektionsbericht wünschenswert.

Darüber hinaus sind zur Umsetzung der zeitlich sehr ambitionierten Klimaziele für einen Übergangszeitraum die Anforderungen an staatliches Handeln (z.B. Planung, Genehmigung) auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene so hoch, dass neben einer (a) vorübergehenden Stärkung personeller Kapazitäten in der Administration auch (b) eine kritische Bestandsaufnahme und Reform der institutionellen Strukturen zur Koordination sowie (c) des Finanzausgleichs im Mehrebenensystem der Bundesrepublik Deutschland dringlich erscheinen. Auf Bundesebene könnte (d) die Reaktivierung und Stärkung des Klimakabinetts ein Katalysator für die (Weiter-)Entwicklung der nationalen, aber auch europäischen und internationalen Klimapolitik Deutschlands sein. Eine Verankerung des Klimakabinetts im KSG sollte deshalb erwogen werden (Flachsland et al. 2021). Auch in diesem Sinne beinhaltet die KSG-Reform einige verpasste Chancen und wird voraussichtlich nicht die letzte Novelle gewesen sein.

Anders als von ihren Kritiker*innen angeführt, ist die KSG-Novelle aber keine klimapolitische Katastrophe: Es ist kaum zu erwarten, dass die zukünftigen Emissionen Deutschlands durch die Umstellung des Nachsteuerungsmechanismus signifikant gestiegen sind. Dafür fehlt(e) dem institutionellen Design des alten sowie des novellierten KSG der anreizkompatible Charakter im Sinne des „self-enforcement“ und der Fähigkeit zur entscheidenden Beeinflussung politischen Handelns.

Wie könnten entsprechende institutionelle Designs – über das KSG hinaus – ausgestaltet werden? Vor allem erscheinen Ansätze zur Vermeidung hoher und stark konzentrierter kurzfristiger Kosten für die politische Stabilität von Klimapolitik zentral, z.B. eine Rückverteilung der Einnahmen und Preisobergrenzen im Rahmen von Emissionshandelssystemen. Mehr Forschung und Debatte sowie konkrete Vorschläge zur institutionellen Ausgestaltung politisch anreizkompatibler Klimapolitik wären äußerst wünschenswert.

Ganz grundsätzlich sind indes die Möglichkeiten, fundamentale klimapolitische Probleme durch formales institutionelles Design zu lösen, begrenzt. Man mag die klimapolitische Haltung (von Teilen) der Bundesregierung aus guten klimapolitischen Gründen kritisieren. Um die parteipolitischen Anreize für eine ambitionierte Klimapolitik zu erhöhen, sollten aber andere Wege gesucht werden als die auf die Sektorziele und Sofortprogramme fokussierte Nachsteuerungspflicht des alten KSG. Die Anschärfung und Einführung des EU ETS 1 und 2 mit der anvisierten Absenkung auf THG-Nullemissionen innerhalb von nur 15 (EU ETS 1) bzw. 21 Jahren (EU ETS 2) setzt einen sehr ambitionierten und wirkungsvollen institutionellen Rahmen für die deutsche und europäische Klimapolitik. Aus klimapolitischer Sicht sollte das Ziel sein, diesen institutionellen Rahmen durch gezielte Reformen so zu ergänzen, dass für jede zukünftige Regierung ein Festhalten an ambitionierter Klimapolitik in ihrem Eigeninteresse ist.

Christian Flachsland, Jacob Edenhofer, Claudia Zwar

Not a Disaster, but a Missed Opportunity

The Amendment to the Federal Climate Protection Act

doi: 10.59704/c7c2fa6836008b63

Following lengthy negotiations within Germany's coalition government, on 26 April 2024, the Bundestag passed an amendment to the Federal Climate Protection Act (*Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG)). One part of the amendment in particular has drawn sharp criticism from environmental NGOs, experts, and commentators (see here, here, here, here, and here): the abolition of annual, sector-based targets for greenhouse gas (GHG) emissions reduction, which form the basis of the obligation for ministries to submit 'immediate action programmes' (*Sofortprogramme*). Deutsche Umwelthilfe (DUH), for example, spoke of a "slap in the face of young people and future generations". The chairman of the German Federation for the Environment and Nature Conservation (BUND), Olaf Bandt, concluded that "the bite of the law had been significantly reduced".

The original version of the KSG stipulated that if a certain sector (e.g. transport, buildings) did not deliver the required annual GHG emissions reductions in the previous year, the federal ministry responsible for that sector would have to submit an 'immediate action programme' to make up for the missed target. Missed targets were determined based on analysis of emissions data by the Federal Environmental Agency (*Umweltbundesamt* (UBA)), with these data confirmed by the Council of Experts on Climate Change (*Expertenrat für Klimafragen* (ERK)). The amendment modifies this mechanism. Now, if the ex-ante projection data for two consecutive years indicate a shortfall in the *cumulative* emissions reduction target for the whole period 2021-2030, the German government is, as a whole, obliged to adopt measures to meet this overall target. Ministries in charge of the sectors contributing to the emissions overshoot have the primary – but not the sole– responsibility to submit corrective policy measures.

We argue that many critics overestimated the effectiveness of the *Sofortprogramm* mechanism, as enshrined in the original version of the KSG, in enforcing Germany's ambitious climate targets. Instead, we must realistically assess the potential, and limits, of institutional design to deliver ambitious climate policy. Doing so suggests that the amendment to the KSG introduces several gradual, potentially effective reforms, but opportunities for improvement remain.

In this article, we discuss the key advantages and disadvantages of the KSG amendment and identify several reform options, which could help to create a (more) robust legal framework for ambitious national climate policy. Yet we also acknowledge that these reforms, on their own, cannot guarantee that Germany delivers on its emissions reduction targets. There are limits to the degree to which any institution – even a central climate institution like the KSG – can solve the fundamental challenges of climate policy.

The limits of legal enforcement

Advocates of the original KSG mechanism maintain that the legal requirement to submit immediate action programmes and the clear assignment of ministerial responsibility make it more likely that ministries will propose ambitious measures for climate action (ERK 2023, Chapter 7, Table 9). This legal mechanism can be reinforced by an informal sanction mechanism: if substantial media attention is devoted to a ministry missing a climate policy target, this creates reputational damage and hence political pressure to comply (Zwar et al. 2023 p. 37).

Is this argument convincing? It must first be noted that the Federal Ministry for Digital and Transport Affairs (*Bundesministerium für Digitales und Verkehr* (BMDV)), under the leadership of Volker Wissing (FDP), has made it abundantly clear in recent years that it is not prepared to follow this legal requirement of the KSG. In 2022, the ERK found that the immediate action plan submitted by the transport ministry fell short, by a wide margin, of the requirements of the KSG. A lawsuit, initiated by DUH and BUND, led to a ruling by the Berlin Brandenburg Higher Administrative Court in Autumn 2023 that the Federal Government was obliged to submit a KSG-compliant immediate action programme – but this did little to chan-

ge the BMDV's stance. Until today, the BMDV has failed to present an ambitious and effective immediate action programme (ERK 2023).

This is hardly surprising if one analyses the potential effectiveness of climate institutions in their broader political and institutional context, based on the assumption that (limitedly) rational political actors act in their own interests (Zwar et al. 2023). So long as institutions do not decisively change the costs or benefits for political actors – in this case, political parties, ministers, and ministries – they will not create substantial changes in behaviour. Legislative requirements and negative media coverage can both be ignored.

This appears to have occurred in the case of the original KSG 'follow-up' mechanism of sector targets and immediate action programmes. There is simply no authority that can force a ministry to alter its behaviour. In order to be effective, institutions instead must restructure the incentives of the actors involved in such a way that a change in behaviour is in their self-interest. Rules are 'self-enforcing' when actors comply with them, even though there is no third party that compels them to do so (Przeworski 1991, 2008, 2018; Myerson 2009; Fearon 2011; Svolik 2015). Given this was not the case with the original KSG mechanism – as illustrated by the transport ministry's insufficient *Sofortprogramm* – describing its abolition as a 'climate policy disaster' seems exaggerated.

This does not mean that we welcome the new amendment to the KSG unreservedly. Rather, we wish to point out the limits of a primarily legal approach to climate policy, which sees legally binding, annual sector targets as the *conditio sine qua non* of ambitious mitigation policy. This approach fails to recognise that the sector targets were not self-enforcing because – despite tightening their *de jure* obligations – they did little to alter the incentives of the relevant actors. It is also worth noting that sector targets continue to exist in the KSG, even if they no longer serve as triggers for ministerial *Sofortprogramme*. The sector targets could continue to be used informally, for instance by the ERK or by other organisations, as an indicator of climate policy progress in individual sectors and the 'performance' of the responsible ministry.

Seen in this light, the KSG amendment represents less of a deviation from the status quo than most comments and reactions suggest. The amendment is therefore not a disaster, but a missed opportunity. Despite some promising moves, the German government has largely failed to strengthen the incentives for relevant actors to implement ambitious climate policy.

Focus on a cross-sectoral, ex-ante perspective

Two other aspects of the changes in the amendment are particularly welcome. The first is a shift in focus from sector-specific targets and sector-specific steering to a *cross-sectoral* approach. The second is the switch from an ex-post to an ex-ante perspective in triggering the obligation to present *Sofortprogramme*. Nevertheless, both changes have not been consistently implemented in the amendment, leaving substantial room for improvement.

The cross-sectoral approach should be seen in the context of recent EU climate policy developments. The EU's Fit for 55 package reaffirmed the central role of emissions trading as a key instrument in EU, and therefore also in German climate policy. The EU's emissions trading system covers the electricity, industry, intra-European aviation and now also shipping sectors (EU ETS 1), and from 2027 will cover the heating and road transport sectors (EU ETS 2). These two systems set binding emission caps for around 80% of EU GHG emissions, which will decrease linearly to zero by around 2039 (ETS 1) and 2045 (ETS 2) (Pahle et al. 2023). The introduction of an EU ETS 3 for the agricultural sector is currently being discussed. In the future, there will (need to) be a discussion about merging these systems. In Germany, preparations are also underway to realign the Fuel Emissions Trading Act (BEHG), which has imposed a national emissions trading system for the transport and buildings sectors since 2019.

Given that carbon pricing (in the form of emissions trading schemes) is the central plank of the European and German climate policy mix, sector-specific measures have a supplementary role to play. They should complement carbon pricing systems by addressing specific market failures and other barriers in the various sectors to achieve cost-effective, rapid decarbonisation. This is a very different function than that enshrined in the original KSG, where sector targets were the central instrument for delivering emissions reductions. Although the old KSG allowed the government to include cross-sectoral measures in its *Sofortprogramm*e, the focus on sectoral targets incentivised *ad hoc* solutions that could quickly result in a patchwork of reforms. The sector targets did not encourage policymakers to consider the key aspects of climate policy instruments – their effectiveness, distributional

effects, and consistency with one another – in an integrated manner. The amendment recognises this shortcoming – rhetorically at least – by emphasising that ministries' proposals "may also contain cross-sectoral measures" (Section 8 (2) KSG).

The focus on cross-sectoral measures could be developed further in ways that change the incentives of political actors when crafting and implementing climate policy. One option could be to establish a few binding parameters for the inter-ministerial process of planning climate policy reforms. For example, the government could introduce an obligation that ministers first consider possible reforms to the EU ETS 1 & 2 (although these cannot be changed directly by the German government) or adjustments to the national BEHG when seeking to reduce emissions, before sector-specific measures are considered. It would even be conceivable to link increases in funding or the introduction of certain regulations to the level of the CO_2 price in a rule-based manner, akin to automatic stabilisers in fiscal policy. Finally, the government could demand that ministers provide a justification for their policy choices, whether these are reforms to emissions trading schemes and/or sector-specific measures, to encourage more explicit analysis and debate over the appropriate reform response. Existing measures – such as the Building Energy Act (*Gebäudeenergiegesetzes* (GEG)) – are currently not systematically evaluated ex-post. A binding obligation to conduct ex-ante and ex-post assessments of the effectiveness, economic efficiency, and distributional effects of the mix of measures adopted could improve climate policy planning. More evidence-based transparency and a critical discussion of the impact of existing and potential future measures could increase the likelihood of achieving targets.

Incremental progress

In addition to the shift to a more cross-sectoral and ex-ante perspective discussed above, the KSG amendment also contains some other, incremental improvements. We highlight two. First, it includes a provision, similar to that contained in the Swedish Climate Protection Act, whereby each new federal government must adopt a climate protection programme – its overall climate policy plan – within 12 months of the start of the legislative period. In Sweden, this institutional feature had an agenda-setting effect: governments were forced to consider climate policy even if they otherwise would not have prioritised it (Zwar et al. 2023).

In the context of German coalition governments, the mandated process of developing the climate protection programme might contribute to positive coordination among ministries and parties. It represents an opportunity for these actors to engage in joint stocktaking of existing measures and to work together to develop a detailed climate policy agenda. Inter-ministerial task forces could play a role in developing the joint plan, with a corresponding mandate at higher levels in the administrative hierarchy. Of course, innovative formats like this require a willingness on the part of the coalition partners to cooperate politically – it is unclear whether this would work in the German political system. Nevertheless, such formats provide an opportunity to resolve political conflicts and focus on substantive issues in close coordination at the start of the legislative period. They can also remove detailed climate policy planning – a substantial task – from high-level coalition negotiations. Finally, this planning process provides an opportunity to pool and harness the considerable climate policy expertise in Germany, for instance via (internal or public) hearings or mandated short studies (Flachsland et al. 2021).

A second positive development is the extension of the mandate of the Council of Experts on Climate Change. The amendment grants the ERK the right to provide "expert opinions on the further development of suitable climate protection measures on the basis of emissions and projection data" (Section 12 (5) KSG). In our view, it is also helpful that the ERK now has an explicit mandate to consider distributive social effects, economic efficiency, and effectiveness in its opinions and expert reports. It remains unclear, however, how the ERK can accomplish this mandate with a level of staffing, equipment and financial capacity originally intended for a different, more narrowly defined task (i.e. review of emissions data). It may therefore be necessary to expand the ERK's structure and capacity to deliver its expanded mandate under the amendment.

A missed opportunity, but not a disaster

Despite the improvements outlined above, which could at least gradually shift the incentives of actors involved in the climate policy process, the amendment to the KSG contains some missed opportunities. Options remain to improve the content and structure of the climate policy reform process, to improve the position of the ERK and

UBA, and to strengthen the process for developing the emissions projection report.

The requirements for government action at the federal, state, and municipal level to achieve Germany's ambitious national climate targets are exceptionally high. In this context, it appears urgent to (i) strengthen personnel capacities in the administration, (ii) critically review and reform institutional structures for coordination, and (iii) ensure financial compensation in Germany's multilevel political system. At the federal level, the (iv) reactivation and strengthening of the Climate Cabinet could be a catalyst for further development of Germany's national, as well as European and international, climate policy. Anchoring the Climate Cabinet in the KSG should therefore be considered (Flachsland et al. 2021). These are further missed opportunities – it seems unlikely this will be the final KSG amendment.

Contrary to what its critics claim, however, the KSG amendment is not a disaster. We cannot expect that Germany's future emissions will significantly increase as a result of the change to the reform mechanism. Rather, the structure of the former and now the amended KSG both fail the litmus test for effective institutions: to re-align political incentives towards self-enforcement of Germany's ambitious climate policy goals.

How could institutional designs of this kind – beyond the KSG – be developed? Approaches aimed at avoiding concentrated, high short-term costs appear central to the political stability of climate policy – such is the logic of the redistribution of revenues and price caps in the context of emissions trading systems. More research and debate, as well as concrete proposals for the institutional design for climate policy that is compatible with political incentives is urgently needed.

In principle, however, the potential to solve fundamental climate policy problems through formal institutional design is limited. One may criticise the stance of (parts of) the German government for good climate policy reasons. Yet, in order to increase the party-political incentives for ambitious climate policy, other means must be sought than the original KSG's reform obligation based on sector targets and *Sofortprogramme*. The tightening of the EU ETS 1 and introduction of the ETS 2, with the goal of reducing GHG emissions to zero within just 15 (EU ETS 1) and 21 years (EU ETS 2), sets a highly ambitious and effective institutional framework for German and European climate policy. From a climate policy perspective, the aim should be to supplement this framework with targeted reforms in such a way that it is in the interests of any future government to adhere to this high level of ambition.

Milan Kuhli, Julius Bayón

Spionage im Europäischen Parlament?

Zur Frage einer Strafbarkeit von Jian G. und Maximilian Krah wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit

doi: 10.59704/cca0b6a0a14f1e99

Der Haftbefehl gegen Jian G., Mitarbeiter des AfD-Spitzenkandidaten Maximilian Krah, schlägt wenige Wochen vor der Europawahl politisch hohe Wellen, deren genaue Konsequenzen noch nicht absehbar sind. Der Erlass des Haftbefehls beruht auf dem Vorwurf der Agententätigkeit für einen ausländischen Geheimdienst in einem besonders schweren Fall, § 99 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB). Wir zeigen in einer kurzen strafrechtlichen Einschätzung, dass eine Strafbarkeit von Jian G. naheliegt, sollte der bislang in der Presse dargelegte Verdacht zutreffen. Deutlich schwieriger ist momentan die Frage nach einer Strafbarkeit Maximilian Krahs wegen einer Beteiligung an einer geheimdienstlichen Agententätigkeit einzuschätzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann § 99 StGB nur täterschaftlich begangen werden. Eine wohl eher in Betracht kommende Beihilfe durch Krah bliebe daher straffrei. Wir vertreten dementgegen die Ansicht, dass sich auch der Gehilfe eines geheimdienstlichen Agenten strafbar machen kann. Doch auch wenn man dem folgt, ist derzeit fraglich, ob Krah nachzuweisen wäre, dass er tatsächlich Beihilfe leistete und dabei auch vorsätzlich handelte. Dafür mag es Anhaltspunkte geben (s. etwa hier, hier und hier), inwieweit diese zutreffen, müsste ermittelt werden. Gegenwärtig sind allein „Vorermittlungen“ der Dresdener Generalstaatsanwaltschaft wegen des Verdachts der Abgeordnetenbestechung bekannt (s. hier).

Voraussetzungen der geheimdienstlichen Agententätigkeit

Der zentrale Spionagetatbestand des StGB, § 99 Abs. 1 Nr. 1, setzt voraus, dass der Täter „für den Geheimdienst einer fremden Macht eine geheimdienstliche Tätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland ausübt, die auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gerichtet ist“.

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sind breit gefasst und werden mitunter weit verstanden. (Soweit die Definitionen im Folgenden nicht näher belegt werden, folgt die Darstellung Matt/Renzikowski-StGB/Kuhli, 2. Aufl., 2020, § 99, Rn. 2-5). Das *Ausüben* einer Tätigkeit verlangt üblicherweise aktives Handeln beliebiger Art. *Geheimdienstlich* ist die Tätigkeit, wenn ihr äußeres Bild dem entspricht, was für die Arbeit von Agenten und anderen Hilfspersonen solcher Dienste typisch und kennzeichnend ist. Die Tathandlung ist *gegen die Bundesrepublik Deutschland* gerichtet, wenn Angelegenheiten mit klarem Gebietsbezug zur Bundesrepublik in Frage stehen und die Interessen der Bundesrepublik betroffen sind.

Weiterhin wird vorausgesetzt, dass die Tätigkeit für den Geheimdienst einer fremden Macht ausgeübt wird. *Geheimdienst* ist eine ständige Einrichtung im staatlichen Bereich, deren Aufgabe darin besteht, Nachrichten unter Anwendung konspirativer Methoden und in Geheimhaltung vor fremden Behörden zu sammeln und auszuwerten. *Für* den Geheimdienst handelt der Täter, wenn er sich funktionell durch aktive Mitarbeit in den fremden Dienst und dessen Ausforschungsbestrebungen einfügt. Eine Eingliederung des Täters in die Organisation des Geheimdienstes ist dabei nicht erforderlich. Eine *fremde Macht* sind auch Gebilde, die völkerrechtlich nicht als Staaten einzuordnen sind.

Erwähnenswert ist schließlich noch, dass sich § 99 StGB nicht auf Staatsgeheimnisse im Sinne des § 93 StGB bezieht, sondern bereits ausreichen lässt, dass die Tätigkeit *auf Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gerichtet ist*. Diese müssen nicht geheim sein. Bezugspunkte der Mitteilung oder Lieferung sind der fremde Geheimdienst oder seine Mittelsmänner. Für die Vollendung der Tat ist aber nicht erforderlich, dass der fremde Geheimdienst die Informationen tatsächlich erlangt.

Vorwürfe gegen Jian G und ihre rechtliche Bewertung

Die Bundesanwaltschaft wirft Jian G. unter anderem das Weiterleiten von Informationen über Entscheidungen

und Verhandlungen im Europäischen Parlament an einen chinesischen Geheimdienst vor. Soweit sich ein solcher Vorwurf bewahrheiten sollte, bestünden gegenüber der Annahme einer geheimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB tatsächlich keine Bedenken. Insbesondere können auch Handlungen, die sich auf Vorgänge der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU beziehen, als gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet angesehen werden (so auch das OLG Stuttgart).

Daneben wird Jian G. das Ausspähen chinesischer Oppositioneller in Deutschland zur Last gelegt. Auch eine solche Tätigkeit dürfte im Ergebnis noch als gegen die Bundesrepublik gerichtet angesehen werden. Der Bundesgerichtshof hat mehrfach (hier, hier und hier) bekräftigt, dass die Ausforschung von Exilanten, die sich durch Art. 5 GG geschützt in Deutschland politisch betätigen, dazu geeignet ist, bei diesen Angst vor Repressionen auszulösen und so ihr gesellschaftliches Engagement einzuengen. Unter diesem Blickwinkel widerspricht eine solche Ausforschung tatsächlich dem Interesse der Bundesrepublik, die grundrechtlich geschützte freie politische Willensbildung auch Ausländern zu gewährleisten. Der Tatbestand des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB wäre also – sollten sich die Vorwürfe gegen Jian G. beweisen lassen – auch in dieser Hinsicht erfüllt.

Die Bundesanwaltschaft wirft Krahs Mitarbeiter die geheimdienstliche Agententätigkeit in einem besonders schweren Fall vor. Ein solcher könnte angenommen werden, wenn Jian G. das Regelbeispiel nach § 99 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt hätte. Dieses setzt voraus, dass die Informationen über Entscheidungen und Verhandlungen im Europäischen Parlament, um die es hier geht, Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse darstellen, die eine amtliche Stelle geheim gehalten hat. Das Merkmal der *amtlichen Stelle* ist gleichlaufend zu § 95 Abs. 1 StGB weit auszulegen und umfasst jede Stelle, die einen fest umrissenen Kreis staatlicher Aufgaben erfüllt. Aufgrund der fortgeschrittenen europäischen Integration wird man das EU-Parlament, ein Legislativorgan der Europäischen Union, als amtliche Stelle ansehen können. Ferner sollen parlamentarische Interna nicht für die Öffentlichkeit zugänglich sein und es ist davon auszugehen, dass das EU-Parlament durch Verschwiegenheitsvereinbarungen o.ä. entsprechende Schutzmaßnahmen implementiert hat. Die Informationen über Entscheidungen und Verhandlungen wurden daher *geheim gehalten*. Als Mitarbeiter eines Abgeordneten des Europäischen Parlaments hatte Jian G. auch eine *verantwortliche Stellung* inne, die ihn *zur Wahrung dieser Geheimnisse besonders verpflichtete*.

Ob Jian G. wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit in einem besonders schweren Fall zu bestrafen ist, ist folglich primär eine beweis- und weniger eine materiellrechtliche Frage. Erweist sich der ihm vorgeworfene Sachverhalt im Prozess als zutreffend, dürfte eine Verurteilung folgen.

Zur Frage einer Strafbarkeit Krahs

Materiell-rechtlich problematischer ist demgegenüber die Frage, ob sich Maximilian Krah – sollten bei den Ermittlungen dahingehende Vorwürfe gegen ihn zutage treten – selbst strafbar gemacht haben könnte. Da es nach gegenwärtigem Kenntnisstand im Kontext des Falles Jian G. keine Anhaltspunkte für eine funktionelle Einbindung Krahs in die Spionagetätigkeiten gibt, kommt eine eigene täterschaftliche Begehung wohl nicht in Betracht. Es stellt sich daher allein die Frage einer möglichen Beihilfe zur geheimdienstlichen Agententätigkeit in einem besonders schweren Fall.

Der Bundesgerichtshof (hier und hier) und ein Teil der Literatur (SK-StGB/Wolter, 9. Aufl., 2019, § 99, Rn. 23; NK-StGB/Paeffgen, 6. Aufl., 2023, § 99, Rn. 22) lehnen die Möglichkeit der Beihilfe zu § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB grundsätzlich ab. Sie führen dafür an, dass der weitreichende Tatbestand bereits alle strafbaren Handlungen als Täterschaft umfasse und die Gesetzgebungshistorie bestätige, dass darüber hinaus keine strafbare Beihilfe möglich sein soll.

Nach der Gegenansicht (Matt/Renzikowski-StGB/Kuhli, 2. Aufl., 2020, § 99, Rn. 9; LK-StGB/Barthe/Schmidt, 13. Aufl., 2021, § 99, Rn. 16; Fischer, 71. Aufl., 2024, § 99, Rn. 14) ist Beihilfe jedoch möglich. Die weite Bandbreite von Täterverhalten kann die Beihilfe zwar in ihrem Anwendungsbereich einschränken, aber nicht grundsätzlich ausschließen. Beispielsweise können auch ohne funktionell in den fremden Dienst eingefügt zu sein, substanzielle Spionageakte begangen werden. Dass der Täter in solchen Konstellationen zwingend straffrei bleiben soll, kann dem Gesetz nicht entnommen werden.

Sofern man die Möglichkeit der Beihilfe bejaht, müsste sodann festgestellt werden, worin die maßgebliche Beihilfehandlung liegt. Ein Ansatzpunkt kann allge-

mein darin bestehen, dass die Tätigkeit eines Mitarbeiters möglicherweise nicht hinreichend kontrolliert wurde bzw. entsprechende Hinweise ignoriert wurden, woraus sich der Vorwurf einer Beihilfe durch Unterlassen ergäbe. Subjektiv dürfte es allerdings herausfordernd sein, einem Vorgesetzten in einem solchen Fall den erforderlichen Gehilfenvorsatz nachzuweisen. Die Ermittlungen gegen Jian G. bleiben also nicht nur politisch, sondern auch rechtlich spannend.

Oliver Tolmein

Kommunikatives Tabu ohne Zukunft?

§ 86a StGB und das Höcke-Urteil des Landgerichts Halle

doi: 10.59704/3a7f489640fb7797

„Der Angeklagte, der Mitglied einer Gruppe mit der Bezeichnung ‚Kameradschaft I' ist, hat anlässlich einer Veranstaltung des "rechten Spektrums" eine Rede gehalten und diese mit dem Ausruf "Alles für Deutschland" beendet, wobei es sich, wie allgemein bekannt ist, um die Losung der SA, handelt." Mit dieser Feststellung bestätigte das Oberlandesgericht (OLG) Hamm 2006 eine vom Jugendrichter verhängte Haftstrafe von sechs Monaten ohne Bewährung wegen des „Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen". Für das Höcke-Urteil des Landgerichts (LG) Halle ist damit ein wichtiger Referenzpunkt gesetzt. Gleichzeitig wird es zunehmend schwieriger, das „kommunikative Tabu" aufrechtzuerhalten, das § 86a StGB etablieren sollte.

Dass das Wissen um die SA-Losung vor 18 Jahren in einem Revisionsverfahren vor dem OLG Hamm als „allgemein bekannt" vorausgesetzt wurde, war damals plausibel und ist es heute nicht weniger. „Alles für Deutschland" war auf jedem einzelnen Dienstdolch der nationalsozialistischen Sturm-Abteilung (SA) eingraviert; die Dienstdolche gehörten seit Ende 1933 zur SA-Uniform, wurden am Koppel getragen und im ganzen Reich von etlichen Messer- und Waffenschmieden hergestellt. Die SA hatte Ende 1933 etwa 2,9 Millionen Mitglieder.

Der Richterspruch des OLG Hamm fiel 2006 nicht nennenswert auf und zog keine öffentlichen Kontroversen nach sich, die Wertung wurde auch in rechtsstaatlich geprägten, traditionell strafrechtskritischen Medien nicht besonders beachtet oder gar kritisiert und in Zweifel gezogen.

Höcke für Alles

Angesichts dessen mag es paradox anmuten, dass bei dem Strafverfahren gegen den Berufspolitiker Björn Höcke, der Geschichtswissenschaft studiert und als Gymnasiallehrer gearbeitet hat, die Frage danach im Zentrum des Strafprozesses vor dem LG Halle stand, ob er wusste, was er sagte, als er 2021 im sachsen-anhaltinische Merseburg eine Wahlkampfrede mit dem markigen „Alles für unsere Heimat, alles für Sachsen-Anhalt, alles für Deutschland!" abschloss.

Tatsächlich war es nicht paradox, sondern Höckes Verteidigung – mit der sich das Gericht dementsprechend befassen musste und es, soweit von außen ersichtlich ist, auch getan hat (die Entscheidungsgründe sind noch nicht öffentlich). Dabei folgte das Gericht Höckes Einlassung nicht, dass er die nationalsozialistische Verwendung der „Alles für Deutschland"-Losung nicht gekannt habe, und gelangte zu der Überzeugung, dass Björn Höcke sehr genau wusste, was er tut. Das spricht nicht gegen das Gericht. Insbesondere hat es nicht, wie gelegentlich zu lesen war, gegen den Grundsatz „in dubio pro reo" verstoßen. Der Zweifelsgrundsatz ist eine Entscheidungsregel und keine Beweisregel – er greift nur, wenn das Gericht nach der Beweisaufnahme noch Zweifel am Vorliegen entscheidungserheblicher Tatsachen hat, zum Beispiel ob der Angeklagte wusste, dass das „Alles für Deutschland" eine SA-Losung ist. Ist das Gericht davon überzeugt, dass er es wusste, spielt der „in dubio"-Grundsatz keine Rolle, auch wenn es vielleicht gute Gründe gäbe, dass das Gericht hätte zweifeln sollen. Der Zweifelssatz selbst sagt also nichts darüber aus, wie lange ein Gericht zweifeln muss und ab wann es überzeugt sein kann. Über rechtliche Zweifel hat nun der Bundesgerichtshof zu entscheiden, Höckes Anwalt hat Revision eingelegt.

Strategische Prozessführung von rechts

Höcke ging es mit seiner Verteidigungsstrategie aber wohl um etwas anderes als um einen Freispruch (den er aber sicher billigend in Kauf genommen hätte). Das legt auch sein Auftritt in Gera im Dezember 2023 nahe, bei dem er nur den ersten Teil der Losung selbst gesprochen und anschließend das Publikum animiert haben soll, den zweiten Teil zu rufen (das Verfahren hat das LG Halle mittlerweile für Juni terminiert mit vorerst zwei Verhandlungstagen). Höckes Vorgehen dürfte als strategische Prozessführung von rechts zu verstehen sein und damit als Fortsetzung seiner Auftritte: Sowohl seine Be-

hauptung, er habe nicht gewusst, dass „Alles für Deutschland“ eine Losung der SA war, als auch seine Argumentation, dass die SA-Losung nichts anderes sei als ein „Allerweltsspruch“, der auf jeden Fall von der Meinungsfreiheit gedeckt wäre, zielen auf eine Normalisierung und Rehabilitierung der Sprache des Dritten Reiches und damit dessen Denken und Handeln. Es geht um das, was Victor Klemperer als „Lingua tertii Imperii“ beschrieben und so analysiert hat: „Der Nazismus glitt in Fleisch und Blut der Menge über durch die Einzelworte, die Redewendungen, die Satzformen, die er ihr in millionenfachen Wiederholungen aufzwang.“

Höcke weiß genau diese scheinbare Harmlosigkeit zu nutzen: dass der Nationalsozialismus sich in seiner aufhetzenden und zusammenschweißenden Rhetorik vielfach an sich unverfänglicher Worte und auch Losungen bedient, sie aus einer Alltags- oder Fachsprache entlehnt und sie mit einem spezifisch nationalsozialistischen Kontext versehen hat. Dazu gehört der aus der Physik übernommene Begriff der „Gleichschaltung“, aber auch das aus der Biologie gezwungene „Entartung“. Nichts anderes gilt für Losungen, Lieder, Symbole und Texte.

Schutz eines Freiheitsraumes aller

Die 2. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts hat sich 2009 mit der Frage befasst, ob ein NPD-Politiker zu Recht wegen des Verwendens von Kennzeichenverfassungswidriger Organisationen nach § 86a StGB verurteilt worden ist, weil er ein T-Shirt mit der Aufschrift getragen hatte: „Sohn Frankens, die Jugend stolz/ die Fahnen hoch.“ Das Bundesverfassungsgericht hielt die Verurteilung für unbedenklich, auch wenn die Formulierung „die Fahnen hoch“ nicht textidentisch mit Titel und Text des Horst-Wessels-Liedes sei (das „die Fahne“ im Singular verwendet). Die Verfassungsrichter*innen hielten es auch nicht für erforderlich zu prüfen, ob ein Unterstützungswille des T-Shirt-Trägers für die durch das Kennzeichen symbolisierte Organisation bestanden habe. Vielmehr hoben sie hervor, dass mit § 86a StGB ein „kommunikatives Tabu“ errichtet worden sei, mit dem die verbotenen Kennzeichen „grundsätzlich“ aus dem Bild des politischen Lebens verbannt würden: „Es soll bereits jeder Anschein vermieden werden, in der Bundesrepublik Deutschland gebe es eine rechtsstaatswidrige politische Entwicklung in dem Sinne, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen in der durch das Kennzeichen symbolisierten Richtung geduldet würden.“

Diese Rechtsprechung unterstreicht einerseits die besondere Bedeutung des § 86a StGB heute, dessen Schutzgut „verfassungsmäßige Ordnung“ insbesondere das Zusammenleben in einer vielfältigen Gesellschaft erfasst, die sich dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet weiß. Das mit § 86a errichtete „kommunikative Tabu“ schützt insoweit einen Freiheitsraum aller, der verloren gehen würde, wenn sich Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Inland öffentlich verwenden ließen. Denn diese Kennzeichen bedrohen, grenzen aus und festigen verfassungswidrige Zusammenschlüsse. Andererseits wirft sie die Frage auf, wie effektiv sich ein „kommunikatives Tabu“ aufrechterhalten lässt, wenn die Tathandlungen nicht an den Rändern oder gar im gesellschaftlichen Off begangen werden, der Selbstverständigung Eingeweihter dienen – sondern auf Wahlkampfveranstaltungen einer Volks-Partei, so dass alle sie wahrnehmen können und sollen.

Alles für den Dienst-Dolch

Darauf gibt es nicht nur eine Antwort. Den § 86a StGB aufzugeben oder nur noch zurückhaltend anzuwenden, insbesondere dann, wenn der Verstoß offen, unzweifelhaft und allgemein anerkannt erscheint, wirkt allerdings jedenfalls als Vorgehensweise in die falsche Richtung. Dies gilt auch wegen des Legalitätsprinzips aus § 152 StPO, das bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten ein Einschreiten verlangt.

Im Gegenteil wäre zu überlegen, ob eine Verurteilung wegen § 86a StGB nicht umso folgenreicher sein sollte, je öffentlichkeitswirksamer ist. Ein Mittel dazu könnte § 45 StGB sein, der Personen, die wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt werden, für fünf Jahre die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen nimmt. Denkbar wäre, Gerichten die Möglichkeit zu geben, diese Norm auch unter besonderen Bedingungen (beispielsweise, wenn die Straftaten wiederholt und in Zusammenhang mit Wahlen, vor größerem Publikum begangen werden) in Fällen des § 86a StGB und eventuell vergleichbarer Delikte anzuwenden, die keine Verbrechen darstellen, aber in hohem Maße das offene gesellschaftliche Zusammenleben gefährden (wie z.B. Volksverhetzung).

Es ist aber, wie auch sonst, das Strafrecht weder das einzige noch in der Regel das beste Mittel, einen gesellschaftlichen Erosionsprozess, wie wir ihn derzeit erle-

ben, aufzuhalten oder gar umzukehren. Ein Erosionsprozess, der immerhin so tief greift, dass selbst europäische Rechtsaußen-Parteien in anderen europäischen Staaten die politische Zusammenarbeit mit der AfD auf EU-Ebene mittlerweile ablehnen. Hier könnten sich unter Umständen der Ausschluss von der Parteienfinanzierung oder sogar das Parteiverbot ergänzende rechtliche Instrumente für eine kurz- und mittelfristige Eindämmung der politischen und gesellschaftlichen Krise anbieten. Doch auf längere Sicht ersetzt nichts eine politische zivilgesellschaftliche Auseinandersetzung mit der zunehmend aggressiver auftretenden und erfolgreichen extremen Rechten. „Alles für Deutschland“ verliert dann seine Wirkung, wenn es gelingt, sich über den fanatisierenden und damit freiheitzerstörenden Gehalt dieser Losung zu verständigen. „Alles für Deutschland“ war auf den Dienst-Dolchen der SA am rechten Ort eingraviert.

Mark A. Zöller

Und (fast) täglich grüßt das Murmeltier

BKA-Produkttest von Gesichtserkennungssoftware offenbart verfassungsrechtliche Fehlverständnisse

doi: 10.59704/94558d96ae023591

Anfang Mai 2024 deckte eine Investigativrecherche des Bayerischen Rundfunks auf, dass das Bundeskriminalamt (BKA) offenbar schon im Jahr 2019 heimlich rund fünf Millionen Gesichtsbilder aus dem zentralen polizeilichen Informationssystem INPOL-Z extrahiert und dem Fraunhofer-Institut für Graphische Datenverarbeitung zur Verfügung gestellt hat (s. hier). Das BKA ging hierbei rechtswidrig vor, weil es ohne eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage in Grundrechte der Abgebildeten eingriff, insbesondere in deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Das legt der folgende Beitrag genauer dar, um dann ein allgemeines Problem zu adressieren: Immer wieder verkennen die Sicherheitsbehörden die Reichweite der Datenschutz(grund-)rechte oder ignorieren geflissentlich Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Darin zeigt sich eine Haltung, die es zu überwinden gilt: Polizeiarbeit und Verfassungsrecht sollten nicht als Widerspruch begriffen werden.

Doch zunächst zurück zu der aufgedeckten massenhaften Weitergabe und Verarbeitung personenbezogener Daten. Das Ziel war eine Art „Produkttest“. Unter dem internen Projekttitel „Ertüchtigung des Gesichtserkennungssystems im BKA (EGES)“ wollte man herausfinden, wie gut das in Wiesbaden bereits eingesetzte System im Vergleich mit anderen, bereits auf dem Markt befindlichen Produkten von vier privaten Herstellern abschnitt (s. hier). Der Zeitpunkt dürfte kein Zufall gewesen sein. Schließlich war im Jahr 2018 ein umstrittenes Pilotprojekt zur Gesichtserkennung am Berliner Bahnhof Südkreuz zu Ende gegangen, das in Sicherheitskreisen trotz gegenteiliger ministerieller Beteuerungen weitgehend als Fehlschlag eingestuft wurde.

Nun ist es einer Polizeibehörde natürlich nicht verwehrt, neue Ermittlungswerkzeuge auf ihre Validität und ihren einsatztaktischen Nutzen zu prüfen. Im Gegenteil: in Zeiten, in denen sich Kriminelle ganz selbstverständlich neuester Informationstechnologie bedienen, müssen auch Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden gerüstet sein. Nur so hat man die Chance, „vor die Lage zu kommen“. Allerdings darf auch eine moderne und innovative Polizei das geltende Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, nicht ausblenden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt jede zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Informationen einen eigenständigen Grundrechtseingriff dar (BVerfGE 154, 152, 266; 162, 1, 108; 163, 43, 78). Dieser ist an dem Grundrecht zu messen, in das bei der ursprünglichen Datenerhebung eingegriffen wurde (ebd.). Will das BKA personenbezogene Daten aus INPOL-Z somit zu anderen Zwecken nutzen, so benötigt es eine bereichsspezifische, hinreichend bestimmte und verhältnismäßige Rechtsgrundlage – an der es hier fehlt.

Das INPOL-System

INPOL ist das wichtigste Informationssystem für die polizeiliche Praxis in der Bundesrepublik Deutschland. Es dient als Fahndungs- und Auskunftssystem, in dem zu Zwecken der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr Informationen zu Personen und Sachen gespeichert sind. Dabei bildet INPOL-Z wiederum das zentrale Herzstück für den bundesweiten polizeilichen Datenaustausch. Gespeichert sind darin insbesondere die Grunddaten zur Person bzw. deren Personalien, der zentrale Kriminalaktennachweis (KAN), die Fahndungsdateien, erkennungsdienstliche Daten, personengebundene- und ermittlungsunterstützende Hinweise sowie weitere Daten zu den gespeicherten Personen (Arzt, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, G. Rn. 1204). Damit sind naturgemäß auch Millionen von Lichtbildern enthalten, insbesondere von Personen, die bei Verdacht der Begehung einer Straftat erkennungsdienstlich behandelt worden sind. Will das BKA diese Lichtbilder als personenbezogene Informationen nun über ihren ursprünglichen Erhebungszweck hinaus verwenden, um Gesichtserkennungssysteme zu testen, stellt dies eine Zweckänderung

und damit einen erneuten Grundrechtseingriff für die Betroffenen dar. Allerdings sind hierbei zwei unterschiedliche Datenverarbeitungsschritte zu unterscheiden: zum einen die Zurverfügungstellung der Gesichtsbilder von Seiten des BKA gegenüber dem Fraunhofer Institut und zum anderen die Nutzung dieser Daten durch das Institut für die eigentliche Testung.

Es bedarf zweier Ermächtigungsgrundlagen

Ein solcher „Produkttest" erfordert also gleich zwei gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen mit unterschiedlichen Ausgangsvoraussetzungen: Die Zurverfügungstellung der Bilddateien aus INPOL-Z an das Fraunhofer Institut stellt in der datenschutzrechtlichen Terminologie eine Datenübermittlung dar. Dass die Testungen innerhalb der Räumlichkeiten des BKA in Wiesbaden stattfanden, ändert hieran nichts. Eine solche Übermittlung setzt lediglich voraus, dass neben der datenübermittelnden Stelle einer zusätzlichen Stelle die Kenntnisnahme von Daten ermöglicht wird, die diese zu einem anderen Zweck als die übermittelnde Stelle verwenden soll (Zöller, in: Roggan/Kuscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2006, S. 445, 449.). Mit Hilfe einer Datenübermittlung wird also faktisch die Zahl der datenverarbeitenden Stellen erhöht, auch wenn sie sprichwörtlich unter ein und demselben Dach untergebracht sind. Für die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung an das Fraunhofer Institut ist zwingend eine bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlage im BKAG erforderlich. Schließlich wurden die betreffenden Datensätze ursprünglich zu Zwecken der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten gewonnen. Zudem erfolgte die Testung juristisch nicht „im luftleeren Raum", sondern zur Prüfung der Effektivität eines polizeilichen Eingriffsinstruments. Damit ist der Anwendungsbereich der JI-Richtlinie eröffnet, die mittlerweile in den Sicherheitsgesetzen des Bundes und der Länder umgesetzt ist. Ein Rückgriff auf allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmungen, insbesondere auf das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) oder die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), ist damit ausgeschlossen.

Ermächtigungsgrundlage für Datenübermittlungen im BKA-Gesetz nicht ausreichend

Die thematisch einzig einschlägige Ermächtigungsgrundlage für die Datenübermittlung durch das BKA ist insoweit § 21 Abs. 2 S. 1 BKAG. Danach kann das BKA personenbezogene Daten an Hochschulen, andere Einrichtungen, die wissenschaftliche Forschung betreiben, und öffentliche Stellen übermitteln, soweit dies für die Durchführung bestimmter wissenschaftlicher Forschungsarbeiten erforderlich (1.), eine Weiterverarbeitung anonymisierter Daten zu diesem Zweck nicht möglich ist (2.) und das öffentliche Interesse an der Forschungsarbeit das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Übermittlung erheblich überwiegt (3.). Diese gesetzlichen Übermittlungsvoraussetzungen dürften im Ergebnis zum EGES-Projektbeginn nicht vorgelegen haben. Zwar wird man die Fraunhofer-Gesellschaft, die als privatrechtlicher Verein auftritt, ohne Zweifel als Einrichtung einstufen können, die wissenschaftliche Forschung betreibt. Auch sind Gesichtsbilder von Natur aus nicht anonymisierbar, da hier jedenfalls durch Recherche- und Abgleichmaßnahmen theoretisch immer ein Personenbezug (wieder-)hergestellt werden kann. Allerdings lassen sich schon Zweifel daran anmelden, dass die Übermittlung im konkreten Fall tatsächlich für die Durchführung wissenschaftlicher Forschungsarbeiten erforderlich war. Zwar legt das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Forschung weit aus. Gemeint ist insoweit jede geistige Tätigkeit mit dem „Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen" (BVerfGE 35, 79, 113.). Allerdings ging es im vorliegenden Fall nicht um neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Zusammenhang mit technischen Grundlagen von Gesichtserkennungssystemen. Es sollten de facto lediglich vier kommerzielle, bereits entwickelte und auf dem Markt befindliche Systeme mit der beim BKA im Einsatz befindlichen Software verglichen werden. Der Erkenntnis-Mehrwert bestand also lediglich darin, zu erfahren, wie sich die verschiedenen, bereits vorhandenen Systeme im Leistungsvergleich durch das Fraunhofer Institut schlagen würden. Ob man das noch unter anwendungsbezogener Forschung subsumieren kann, erscheint äußerst fraglich. Wie der Bayrische Rundfunk berichtet, ist auch das BKA selbst mittlerweile von seiner zuvor geäußerten Rechtsansicht i.S. wissenschaftlicher Forschung abgerückt. Auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) hat zu Recht die Erforderlichkeit der Tests durch das Fraunhofer Institut bezweifelt, weil offenbar diverse Testergebnisse von Herstellern kommerzieller Gesichtserkennungssoftware oh-

nehin öffentlich zugänglich zur Verfügung gestanden haben. Entscheidend ist jedoch, dass die dritte und letzte Voraussetzung des § 21 Abs. 2 S. 1 BKAG nicht erfüllt ist. Denn dass das öffentliche Interesse an einem solchen reinen Produkttest die Interessen von rund drei Millionen betroffenen Personen am Schutz ihrer Grundrechte, insbesondere ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) „erheblich überwiegen", ist eindeutig zu verneinen. Schließlich enthält INPOL-Z auch Bilddatensätze von Personen, deren Strafverfahren später eingestellt oder die vor Gericht freigesprochen wurden. Personenbezogene Bilddaten Unschuldiger für Effektivitätstests polizeilicher Softwarelösungen – das geht eindeutig zu weit! Insofern war mangels Erfüllung der Voraussetzungen von § 21 BKAG schon die Zurverfügungstellung der Daten an Mitarbeiter des Fraunhofer Instituts rechtswidrig.

Vor diesem Hintergrund kommt es auch gar nicht mehr darauf an, ob sich – wie jüngst offenbar BKA und BfDI unisono vortragen – die eigentliche Produkttestung durch das Fraunhofer Institut als nichtöffentliche Stelle nun auf allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmungen der DS-GVO oder des BDSG stützen lassen. Denn sie hätten die von ihnen für ihre Evaluierung verarbeiteten Daten aus bzw. in Wiesbaden niemals erhalten dürfen.

Umdenken in den Sicherheitsbehörden ist dringend erforderlich

Über diese recht speziellen rechtlichen Besonderheiten hinaus gibt der Fall aber auch Anlass, sich Gedanken über die generelle Einstellung der deutschen Innenministerien und der ihnen nachgeordneten Polizeibehörden zum Verfassungs- und Datenschutzrecht zu machen. In jüngerer Zeit häufen sich Meldungen, nach denen von Seiten der Polizei ohne intensive und vor allem unabhängige Prüfung der Rechtslage bei der Testung und dem Einsatz IT-gestützter Ermittlungsinstrumente vorgeprescht wird. Beispiele sind etwa die Einführung der Palantir-Software in Bayern, der Einsatz von computergestützten Kamerasystemen gegen Smartphone-Nutzer am Steuer in Rheinland-Pfalz oder das Durchforsten des Internets nach Bilddateien mit der Software PimEyes im Fall der RAF-Terroristin Daniela Klette. Dass man auch für den Test- und Probebetrieb neuer Technologien, bei dem personenbezogenen Daten von Bürgerinnen und Bürgern verarbeitet und damit in Grundrechte eingegriffen wird, erst eine Rechtsgrundlage schaffen muss, wird geflissentlich ignoriert. Gut 40 Jahre nach dem wegweisenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983 (BVerfGE 65, 1.) gilt in weiten Teilen der Polizei noch immer der beliebte Slogan „Datenschutz ist Täterschutz". Verweise auf Grundrechtspositionen werden mit leichter Hand beiseitegeschoben, zwingende Vorgaben aus Karlsruhe so lange relativiert und als praxisuntauglich diskreditiert, bis sich davon im einschlägigen Sicherheitsgesetz kaum noch Substanzielles wiederfindet. Manchmal nimmt die Tendenz der Innenbehörden, sich jeglichem externen juristischen Sachverstand zu verschließen oder nur solchen einzuholen, der die eigene rechtspolitische Linie bestätigt, fast schon autistische Züge an. Juristinnen und Juristen gelten in vielen Polizeibehörden noch immer als Fremdkörper und überflüssige Bedenkenträger. Und auch an den Fachhochschulen der Polizei, die Anwärter auf die Tätigkeit in einer modernen und rechtsstaatsorientierten Bürgerpolizei vorbereiten sollen, fallen immer wieder Sätze wie „Das mit dem Datenschutz, das macht bei uns der Manfred, der ist auch gut mit Power-Point!". Ein Umdenken scheint hier dringend erforderlich. Ansonsten sind die nächsten polizeilichen Datenschutzskandale und -skandälchen vorprogrammiert. Polizeiarbeit und Verfassungsrecht dürfen bei allem verständlichen Frust im Polizeialltag nicht als Widerspruch wahrgenommen werden. Sie bilden eine notwendige Einheit. Die erforderliche Veränderung muss in den Köpfen der Innenministerien und Polizeibehörden beginnen. Das geht nach wie vor nur sehr langsam. Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte haben verfassungskonforme und damit vor allem auch gerichtsfeste Rechtsgrundlagen für ihren wichtigen Einsatz für uns alle verdient. Eine Halbwertszeit neuer Befugnisse von wenigen Jahren bis zur nächsten Bundesverfassungsgerichtsentscheidung ist für alle Seiten frustrierend. Und Millionen von Datensätzen ohne saubere juristische Prüfung zweckwidrig einfach ins Blaue hinein zu verarbeiten, verstößt gegen die Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG. Auch beim polizeilichen Datenschutz ist insgesamt betrachtet mehr Professionalität und weniger Amateurhaftigkeit gefragt.

Lukas Martin Landerer

Things That Are Different Are Not the Same

Die automatisierte Analyse massenhafter Internetdaten und die Vorratsdatenspeicherung

doi: 10.59704/b46c713c5613d147

Zu der polizeilichen und strafprozessualen Verwendung von *PimEyes* sind kürzlich zwei Beiträge auf dem Verfassungsblog erschienen. Mit Hilfe der Software soll es den Strafverfolgungsbehörden gelungen sein, die RAF-Terroristin Daniela Klette über die Homepage eines Kreuzberger Capoeira-Vereins ausfindig zu machen. Christian Thönnes argumentierte, dass durch *PimEyes* auf „Vorratsdaten" zugegriffen würde, weshalb die Nutzung dieser Software nur nach den Maßstäben des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung zulässig wäre. Dem möchte ich widersprechen und aufzeigen, dass *PimEyes* zwar sicherheitsrechtlich bedenklich ist, aber keine Form der Vorratsdatenspeicherung darstellt. Es handelt sich um einen anlassbezogenen, strafprozessualen Zugriff auf private, unreguliert vorhandene Massendaten. Das ist ein eigener Problemkreis mit vielen offenen Fragen, zumal die Ermittlungsmaßnahme bislang gesetzlich nicht geregelt ist. Anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich allerdings schon jetzt in Grundzügen ableiten, welche Anforderungen der Gesetzgeber bei der noch zu schaffenden Ermächtigungsgrundlage für Software wie *PimEyes* wird beachten müssen.

PimEyes, Quick-Freeze und die Vorratsdatenspeicherung

Noch einmal zur Erinnerung: *PimEyes* durchforscht das Internet nach Bilddateien und erkennt mittels künstlicher Intelligenz u. a. Gesichter (hier erklärt). Für die Nutzung dieser Software im Rahmen der Strafverfolgung gibt es aktuell (noch) keine spezifische Rechtsgrundlage. Die vermeintliche Nutzung der Software durch Sicherheitsbehörden dürfte daher rechtswidrig sein, denn das *„gezielte Zusammentragen allgemein zugänglicher Daten"* bedarf nach dem BVerfG einer eigenen Rechtsgrundlage (hier Rn. 309).

Thönnes hat jedoch auch schon spekuliert, dass eine Rechtsgrundlage für die Anwendung gar nicht oder nur unter engen Grenzen geschaffen werden könnte, da die Nutzung einer „Vorratsdatenspeicherung" entspreche. Mir scheint, insofern liegt ein Missverständnis zum Begriff der Vorratsdatenspeicherung vor.

Das Thema Vorratsdatenspeicherung ist seit über zwei Jahrzenten ein politischer und juristischer Dauerbrenner, der derzeit schon wieder aufzuflammen droht. Die Bundesregierung hat vor einigen Wochen angekündigt, den Nachfolger der Vorratsdatenspeicherung, das sog. *Quick-Freeze-Verfahren* nach langem Widerstand der SPD zeitnah einführen zu wollen. Manchen politischen Stimmen geht dies aber schon wieder nicht weit genug. Zu allem Unglück hat der EuGH vor wenigen Tagen auch noch die Anforderungen an den Zugriff auf vorratsmäßig gespeicherte IP-Adressen gesenkt. Ein Ende der Kontroverse ist damit nicht zu erwarten. Ganz im Gegenteil.

Daher ist es höchste Zeit den Begriff der Vorratsdatenspeicherung etwas grundlegender zu beleuchten und die verschiedenen aktuellen Probleme polizeilicher Datennutzung zu differenzieren. Bei genauem Hinsehen zeigt sich nämlich, dass zwischen den Vorratsdatenspeicherungsregimen und Phänomenen wie *PimEyes* erhebliche Unterschiede bestehen.

Zum Begriff der Vorratsdatenspeicherung

Wenn in der Bundesrepublik von Vorratsdatenspeicherung gesprochen wird, ist fast immer die Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten gemeint (siehe *Albers* in Zubik/Podkowik/Rybski (Hrsg.), Data Retention, 2021, S. 117 f.). Verkehrsdaten sind Daten, die keine Telekommunikationsinhalte betreffen, sondern nur die Umstände von Telekommunikation (Wer hat wann mit wem wie lange von wo aus und mit welcher IP oder MAC usw. fernkommuniziert?).

Diese Daten lagen bis vor einigen Jahren regelmäßig bei Telekommunikationsprovidern vor, da sie im kaum erträglichen Zeitalter vor den Flatrate-Verträgen zur Berechnung der Kosten im Rahmen von Mobilfunkverträgen o. Ä. erhoben werden mussten. Da Rechnungen aus handels- und steuerrechtlichen Gründen (§ 257 Abs. 4

HGB, § 147 AO) auch meist aufbewahrt werden müssen, lagen die Verkehrsdaten typischerweise vor und konnten von verschiedenen Behörden für Ermittlungen verwendet werden (*Breyer* 2005, S. 13). Mit dem Ende der nutzungsabhängigen Kostenerhebung drohten diese Daten verloren zu gehen, weshalb der Europäische Gesetzgeber die Provider kurzerhand zur Speicherung der Verkehrsdaten und zur Übermittlung dieser Daten verpflichtete.

Dass der EuGH diese Richtlinie für unverhältnismäßig befand und nichtig erklärte, ist bekannt. Versuche der nationalen Gesetzgeber, eigenständig entsprechende Regime einzuführen, scheiterten ebenfalls. Insbesondere Frankreich und Belgien zeigten sich aber besonders hartnäckig und brachten den EuGH vor wenigen Jahren dazu, seine Anforderungen deutlich zurückzufahren und Möglichkeiten zur massenhaften Verwendung von Verkehrsdaten aufzuzeigen.

Zulässig ist danach etwa das „Quick-Freeze-Verfahren" (s. zuletzt hier Rn. 75). Dabei werden Verkehrsdaten nicht anlasslos und universell, sondern nur von einer bestimmten Person bei entsprechendem Anlass auf Anordnung gespeichert. Diese Maßnahme soll nun Einzug in die Sicherheitsgesetze der Bundesrepublik erhalten.

Massendaten in der Strafverfolgung: Regel statt Ausnahme

Heute wird der Begriff der Vorratsdatenspeicherung nicht mehr exklusiv in Verbindung mit Telekommunikationsverkehrsdaten verwendet, da mittlerweile für Fluggast– und Finanzdaten Speicherpflichten bestehen, die der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht unähnlich sind. Geht man allein vom Wortlaut des Begriffs aus, lässt er sich auch nicht auf die genannten Daten begrenzen, denn sämtliche Daten, die irgendwo gespeichert werden, werden „auf Vorrat" gespeichert.

Tatsächlich ist die Nutzung von massenhaft gespeicherten Daten auch kein Phänomen, das erst aufgrund der vorgenannten Speicherpflichten auftrat, auch wenn das manchmal so klingt. Bei den Strafverfolgungsbehörden herrscht schon immer die Überzeugung vor, dass alle irgendwo vorhandenen Daten grundsätzlich im Rahmen von Ermittlungen erhoben werden können (vgl. *Masing*, NJW 2012, 2305 [2309]), egal wie lange diese Daten schon „bevorratet" werden. Die Strafverfolgungsbehörden stützen Anfragen bei Privaten im Zweifel einfach auf die Ermittlungsgeneralklausel aus § 161 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StPO.

Dass die StPO noch heute keine (verfassungskonforme) Grundlage für Auskunftsersuchen gegenüber Privaten enthält, ist übrigens ziemlich bemerkenswert, denn private Akteure haben den Staat längst als größten Datensammler abgelöst. Diesem Umstand wird in der – etwas in die Jahre gekommenen – StPO nicht ausreichend Rechnung getragen (dazu etwa *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603 f.); *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 26). Dabei gibt es vorbildhafte Regelungen, etwa § 8a Abs. 1 BVerfSchG.

Aus der Ermittlungspraxis wird jedenfalls deutlich, dass die Nutzung privater Massendaten, selbst wenn diese aus wirtschafts- oder steuerrechtlichen Gründen gespeichert werden müssen (bspw. § 257 HGB), keine Vorratsdatenspeicherung darstellen kann. Andernfalls müsste man § 161 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StPO an den Maßstäben der entsprechenden Urteile des EuGH und des BVerfG messen. Das scheint mir nicht die Intention der Gerichte gewesen zu sein.

Offenkundig geht die Gleichung *Massenhafte Datenspeicherung* + *Möglicher Zugriff der Strafverfolgungs-/Sicherheitsbehörden* = *Vorratsdatenspeicherung* nicht auf.

Vorratsdatenspeicherung im Rechtsstaat und der Grundsatz der Reaktivität

Die Gründe, wieso die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie tatsächlich eine schwere Grundrechtsbeeinträchtigung darstellte, liegen also nicht darin, dass die Richtlinie einen sicherheitsrechtlichen Zugriff auf Massendaten ermöglichte, sondern in der Abkehr von rechtstaatlichen Grundsätzen, die mit der staatlichen Anordnung der Speicherung zu Sicherheitszwecken einhergeht:

Die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations- Fluggast- und Finanzdaten findet, anders als etwa die Aufbewahrung von Hotelrechnungen, final für eine sicherheitsrechtliche Verwendung der Daten und nicht zu steuer- oder wirtschaftlichen Zwecken statt. Das ist rechtstaatlich bedenklich: Mit der Anordnung der Speicherung bestimmter Daten, ausdrücklich zur Erleichterung oder Ermöglichung von Ermittlungen, gibt der Staat zu erkennen, dass er von der potenziellen Notwendigkeit dieser Daten für die Aufklärung oder Verhinderung kriminellen Verhaltens ausgeht (*Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113 [118] und früh schon *Lisken*, ZRP 1994, 264 [267

f.]).

Mit der Anordnung einer Speicherung von prinzipiell unbedenklichen Daten für etwaige sicherheitsrechtliche Informationserhebungen bricht der Staat mit dem Grundgedanken, dass er den Bürgen grundsätzlich vertraut und nur dann Informationseingriffe aus sicherheitsrechtlichen Gründen vornimmt, wenn er dazu einen entsprechenden Anlass erhält. Der Staat muss sich im Rahmen der Sicherheitsgewährleistung im Grunde eigentlich reaktiv verhalten.

Der Bruch mit dieser reaktiven Struktur ist das, was die Sensibilität der Vorratsdatenspeicherung (und anderer Massenüberwachungsmaßnahmen) ausmacht.

Rechtstaatliche Begrenzung von Analysetools wie PimEyes

Die Analyse des gesamten Netzes durch Webcrawler, die auf Bilddaten spezialisiert sind, unterscheidet sich strukturell von einer „Vorratsdatenspeicherung". Der Staat selbst speichert hier keine Daten, er ordnet auch keine Speicherung an, sondern er nutzt bei einem bestimmten Anlass PimEyes als Suchvorlage, um frei zugängliche Bilddateien zu durchforsten.

Das heißt aber nicht, dass für deren Einsatz keine hohen Anforderungen gelten sollten. Auch *PimEyes* führt zu sensiblen Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, denn es beeinträchtigt die Art, wie wir Privatheit im Internet wahrnehmen können: Der polizeiliche Einsatz von Webcrawlern führt dazu, dass die Netznutzer nicht mehr erwarten können, aufgrund der schieren Masse der Daten ein gewisses Maß an Anonymität vor dem Staat zu genießen. Die Nutzung automatisierter Software, die massenhaft Daten verarbeitet, geht über herkömmliche Ermittlungen hinaus.

Die Anpassung der Polizeiarbeit aufgrund des digitalen Fortschritts ist notwendig, muss aber gesetzlich begleitet werden. Die rudimentären Ermächtigungsgrundlagen klassischer Ermittlungsmaßnahmen (insb. Generalklauseln) reichen insofern nicht mehr aus. Zurecht hat das BVerfG deshalb schon im Urteil zur Online-Durchsuchung festgestellt, dass massenhaften Analysetools eigene Rechtsgrundlagen benötigen, auch wenn die damit verarbeiteten Daten offen verfügbar sind (hier Rn. 309). Dem lässt sich nur beipflichten. Der Anspruch – vor allem – der Strafverfolgungsbehörden, sämtliche existierenden Daten bei Notwendigkeit erhalten zu können, verträgt sich aus Sicht der Grundrechtsträger kaum damit, dass personenbezogene Daten im Informationszeitalter ubiquitär verfügbar sind. Ermittlungen im Internet sollten zwar nicht schwieriger sein als Ermittlungen in der analogen Welt. Das Netz sollte den Ermittlungs- und Sicherheitsbehörden aber andererseits auch nicht als Honigtopf uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

Massenhafte Datenanalysen in der Rechtsprechung des BVerfG

Diesen Gegensatz zwischen Privatheitsschutz und Ermittlungseffektivität navigiert das BVerfG seit vielen Jahren erfolgreich, indem es konkrete Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlagen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen aus den Grundrechten ableitet.

Für eine automatisierte Analyse massenhafter Daten hat das BVerfG vor etwas mehr als einem Jahr im Urteil zu den Polizeigesetzen in Hamburg und Hessen bestimmte Maßgaben aufgestellt. Diese Rechtsprechung betrifft zwar die Analyse von bei Behörden gespeicherten Datenbeständen, die zuvor aus verschiedenen Gründen erhoben wurden (Registereinträge, Daten aus früheren Ermittlungen etc.). Sie kann daher auch nicht unmittelbar auf *PimEyes* angewandt werden, passt aber schon deutlich besser als die Urteile zur Vorratsdatenspeicherung.

Automatisierten Datenanalysen attestiert das BVerfG ein eigenständiges Eingriffsgewicht unabhängig von der Herkunft der Daten, denn sie ermöglicht die Verarbeitung großer und komplexer Informationsbestände (Rn 69). Das Eingriffsgewicht bestimmt sich dabei primär nach der Art der verwendeten Daten bzw. der Art des erzeugten Wissens, der Datenquantität und der Heimlichkeit der Maßnahme/Erhebung. Ausgehend von der Gewichtung des Eingriffs lässt sich bestimmen, wie streng die Anforderungen für den Einsatz der Maßnahme sein müssen („Je-Desto-Formel").

Beim Einsatz von Webcrawlern werden allerdings keine verschiedenen Datenbanken verglichen und kombiniert, sondern es findet nur eine Durchsuchung eines vordefinierten – allerdings sehr großen – Datenbestands statt anhand eines Vorlagebildes statt (hier erklärt). Damit ist die Analyse nicht so persönlichkeitsrelevant wie der strukturelle Abgleich verschiedener Datenbestände. Dennoch werden bei der Maßnahme die Daten einer Vielzahl von Personen heimlich verarbeitet. Der Eingriff dürfte nach den Maßstäben des BVerfG daher erheblich, aber

nicht allzu schwer sein.

In der Folge wird man den Einsatz von Webcrawlern zu Ermittlungszwecken wohl jedenfalls auf die Aufklärung oder Verhinderung bestimmter Straftaten, die über eine Bagatellgrenze hinausgehen, begrenzen müssen. Außerdem sollte sich der Verdacht bezüglich der anlassgebenden Person schon verdichtet haben, bzw. eine dringende Gefahr bestehen. Auf einen Richtervorbehalt für die Nutzung wird man verzichten können, nicht aber auf Protokoll-, Berichts- und allgemeine Datenschutzpflichten.

Wie genau die Ausgestaltung erfolgen soll, kann am Ende nur das BVerfG bestimmen. Dass der Gesetzgeber eine grundrechtskonforme Gestaltung selbst erzielt, darf man aufgrund der vergangenen Erfahrungen bezweifeln. Auf die „Segelanweisungen" aus den Urteilen zur Vorratsdatenspeicherung sollte er bei seinen Versuchen aber nicht achten, da sich *PimEyes* von den Regimen der Vorratsdatenspeicherung grundlegend unterscheidet.

Andreas Ruch

Polizei und Taser

Ein riskantes Einsatzmittel mit dem Potential der Normalisierung polizeilicher Gewaltanwendung

doi: 10.59704/373f10732c0c7a1a

Immer mehr Landesgesetzgeber führen den Taser als weiteres polizeiliches Einsatzmittel neben Pfefferspray, Schlagstock und Schusswaffe ein. Innerhalb der Polizei stößt der Taser überwiegend auf Zustimmung (s. etwa hier und hier) und auch aus der Politik wird für den flächendeckenden Einsatz geworben. Dabei ist die fortschreitende Ausrüstung aus einer Reihe von Gründen, die im Diskurs oft zu kurz kommen, abzulehnen. So birgt der Beschuss einer Person mit einem Elektroimpulsgerät praktisch nur schwer zu kontrollierende gesundheitliche Risiken und endet in der Praxis immer wieder tödlich (s. etwa hier und hier). Weil bekannt ist, dass der Taser in einer Vielzahl von Fällen als Elektroschocker unmittelbar gegen den Körper von Personen gerichtet wird, um deren Willen zu beugen, ist außerdem zu befürchten, dass Beamte die Geräte künftig extensiv nutzen und sich damit eine Form erheblicher polizeilicher Gewaltanwendung schleichend normalisiert – nicht zuletzt deshalb, weil deren Einsatz in den meisten Ländern bislang nicht eigens oder jedenfalls nur rudimentär geregelt ist. Dass neben den eingangs genannten Einsatzmitteln nun ein viertes erforderlich sein soll, erscheint angesichts denkbarer Einsatzszenarien fernliegend. Vor dem Hintergrund von Fehltreffern sowie dienst- und strafrechtlicher Risiken sind die Elektroimpulsgeräte schließlich für die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten selbst tatsächlich und rechtlich riskant.

Lähmender Distanz- und schmerzhafter Kontaktmodus

Der Begriff Taser geht auf den Markennamen der Elektroimpulsgeräte zurück, die das Unternehmen AXON vertreibt. Dem äußeren Erscheinungsbild nach erinnert der Taser an eine Schusswaffe, unterscheidet sich jedoch in der Wirkung. Während Schusswaffen ihre Wirkung durch mechanischen Aufprall eines Geschosses erzielen, wirkt der Taser über einen Stromstoß. Der Stromstoß kann im Kontaktmodus ausgelöst werden, indem der Taser vergleichbar mit einem Elektroschockgerät unmittelbar gegen den Körper gerichtet wird und der hierdurch berührten Person Schmerzen zufügt. Bekannter ist der Einsatz im Distanzmodus. Hierbei wird der Taser über einen Abzug ausgelöst, wodurch zwei Pfeilelektroden mittels komprimiertem Stickstoff über eine Distanz von – je nach Modell – siebeneinhalb bis dreizehneinhalb Metern abgeschossen werden. Zwischen Taser und Pfeilelektroden besteht eine Kabelverbindung, über welche Stromimpulse auf die getroffene Person übertragen werden. Hierdurch wird eine Muskelkontraktion ausgelöst, durch welche die betroffene Körperregion bewegungsunfähig wird.

Medizinische Risiken des Taser-Einsatzes

In der Theorie klingt es plausibel, eine Person mittels Stromstößen zu lähmen, um ihr anschließend je nach Einsatzszenario gefahrlos Messer oder Schusswaffen abnehmen oder Handfesseln anlegen zu können. Die Stromstöße seien bei körperlich gesunden Personen nicht mit übermäßigen gesundheitlichen Risiken verbunden, da die vom Taser erzeugte Stromstärke mit etwa 1,2mA bzw. 1,5mA nur gering ist. Aufmerken lässt allerdings die umfassende Auflistung von Risikogruppen in den Anwendungshinweisen der Herstellerfirma AXON. Besonders anfällig seien ältere Menschen, Personen mit Herzproblemen, Asthma oder anderen Lungenproblemen, stark erregte oder körperlich erschöpfte Personen sowie Menschen, die unter dem Einfluss von Drogen stehen.

Auch die Studienlage weist nach wie vor erhebliche Erkenntnislücken zu den medizinischen Risiken im Praxiseinsatz auf. Dies hat insbesondere forschungsethische Gründe, da experimentelle Studien nur mit Personen durchgeführt werden, die keiner der vorgenannten Risikogruppen angehören. Oftmals setzen sich die Stichproben aus Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten zusammen, weshalb in der Forschungsliteratur zu Vorsicht geraten und klargestellt wird, dass die Studienlage keine Aussage zu den medizinischen Risiken des Taser-

Einsatzes gegenüber der Gesamtbevölkerung erlaubt. Konkreter wird eine dänische Forschergruppe, die davon abrät, den Taser gegenüber Personen unter Alkohol- oder Drogeneinfluss oder emotional aufgewühlten Personen zu nutzen. Andere Forschungsarbeiten empfehlen, den Taser nicht gegenüber Menschen einzusetzen, bei denen Anhaltspunkte für eine psychische Erkrankung bestehen.

Risikogruppe psychisch erkrankte Personen und Menschen unter Alkohol- oder Drogeneinfluss

Ungeachtet der medizinischen Empfehlungen und der Warnhinweise der Herstellerfirma AXON gelangt der Taser gerade gegenüber psychisch erkrankten Personen oder Menschen unter Alkohol- oder Drogeneinfluss besonders häufig zur Anwendung. Eine Auswertung von Fällen polizeilicher Zwangsanwendung in England und Wales ergab, dass von der Anwendung des Tasers zu 44 % Personen mit einer psychischen Erkrankung betroffen waren. Ähnliches lässt sich für Menschen unter dem Einfluss von Alkohol oder Drogen beobachten. Die rheinland-pfälzische Polizei hebt in einer Untersuchung 14 Sachverhalte hervor, die exemplarisch für polizeiliche Taser-Einsätze stünden. Bei der Hälfte der Einsätze wurde der Taser gegen suizidale oder unter Drogen- oder erheblichem Alkoholeinfluss stehenden Personen eingesetzt. In Nordrhein-Westfalen hat der Gesetzgeber im ersten Entwurf eines Änderungsgesetzes zur Einführung des Tasers sogar explizit den Einsatz gegenüber psychisch kranken Gewalttätern oder Gewalttätern unter Alkohol-, Drogen- oder Medikamenteneinfluss hervorgehoben.

In den USA zeigt sich nach mehrjähriger Erfahrung mit dem Taser eine signifikante Häufung von Todesfällen bei Personen mit psychischen Erkrankungen oder Menschen unter dem Einfluss von Drogen. Auch in Deutschland wird berichtet, dass Personen in zeitlicher Nähe zum Taser-Einsatz versterben oder dass Situationen angesichts von Fehltreffern bis hin zum tödlichen Gebrauch der Schusswaffe eskalieren. Blickt man darauf, auf wen in diesen Fällen mit dem Taser geschossen wird, so handelt es sich überwiegend um psychisch auffällige Personen oder Personen, die unter dem Einfluss von Drogen stehen.

Das Risiko von Sekundärverletzungen

Neben den unmittelbaren gesundheitlichen Risiken durch einen Taser-Beschuss ist das nur bedingt kontrollierbare Risiko von Sekundärverletzungen in Folge von Stürzen in den Blick zu nehmen. Ziel des Taser-Beschusses ist die über ein Spannungsfeld zwischen den Pfeilelektroden hergestellte Handlungs- und Bewegungsunfähigkeit der getroffenen Person. Als ideal wird ein Abstand der Pfeilelektroden von 30 cm angesehen. Ist der Abstand zu gering oder trifft nur eine der Pfeilelektroden, ermöglicht die „unmittelbare Zweitschussoption“ des Tasers einen erneuten Beschuss. Sobald zwei Pfeilelektroden im richtigen Abstand auf den Körper treffen, wird eine ganzheitliche Muskelkontraktion ausgelöst, in deren Folge es zu unkontrollierten Stürzen kommen kann. Nach der Dienstanweisung der Polizei NRW ist die Anwendung des Tasers daher unzulässig, wenn sich die Person an einer Stelle befindet, von welcher sie aus einer großen Höhe zu Boden stürzen könnte. In experimentellen Untersuchungen oder Trainingssituationen lässt sich das Risiko von Sturzverletzungen durch Matten oder andere Vorkehrungen reduzieren. In der Praxis sieht es naturgemäß anders aus. Oft sind es gerade unübersichtliche Situationen und unkontrollierte Handlungen des „polizeilichen Gegenübers“, welche aus polizeilicher Sicht unmittelbaren Zwang erforderlich machen, zugleich aber auch für eine stressbehaftete Einsatzlage sorgen. Unter diesen Bedingungen ist für den Schützen nur bedingt kontrollierbar, dass die getroffene Person nicht auf scharfkantige Objekte fällt oder aus großer Höhe zu Boden stürzt. Ein gesteigertes Verletzungspotential dürften Situationen aufweisen, in denen der erste Schuss keine Wirkung entfaltet und stattdessen bei der getroffenen Person einen Flucht- oder Bewegungsimpuls auslöst. Die Dynamik wird durch den fehlgeschlagenen Erstbeschuss gesteigert oder sogar erst verursacht, was bei einem wirksamen zweiten Treffer das Verletzungsrisiko durch Stürze erhöhen dürfte.

Fehlende sprachliche und rechtliche Präzisierung

Die meisten Länder bezeichnen den Taser als *Distanz*elektroimpulsgerät. Das ist ungenau, weil hierdurch der nicht-lähmende, dafür aber äußerst schmerzhafte Einsatz als unmittelbar gegen den Körper gerichteter Elektroschocker sprachlich relativiert wird. Präziser ist daher die in Bayern und Niedersachsen gewählte Bezeichnung als Elektroimpulsgerät, die den Kontakt- und Distanzmodus gleichermaßen zum Ausdruck bringt.

Auch in rechtlicher Hinsicht mangelt es an Präzision. Angesichts der ungeklärten medizinischen Risiken

und des eskalativen Potentials durch Fehltreffer ist der Taser als Waffe mit hoher Eingriffsintensität einzuordnen. Im Gesetzgebungsverfahren der Länder ist daher von sachverständiger Seite auf das Erfordernis einer rechtlichen Einhegung des Taser-Gebrauchs hingewiesen worden. Insbesondere seien ermessenslenkende Vorschriften zum Nicht-Gebrauch gegenüber Risikogruppen zu formulieren. Ansatzweise ist dies in Berlinumgesetzt worden, wo der Taser nur gebraucht werden darf, wenn dadurch ein zulässiger Gebrauch von Schusswaffen oder ein zulässiger und mit erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigungen verbundener Gebrauch des Schlagstocks vermieden oder eine Selbsttötung oder erhebliche Selbstbeschädigung verhindert werden kann. Untersagt ist zudem der Gebrauch gegen Risikogruppen wie Schwangere oder Personen mit Herz-Kreislauf-Erkrankungen, wobei unklar bleibt, wie Erkrankungen der inneren Organe von Beamtinnen und Beamten in der Einsatzpraxis überhaupt erkannt werden sollen. In den übrigen Ländern fehlt es an besonderen Verfahrensvorschriften zum Gebrauch des Tasers. Überwiegend ist der Taser als Waffe eingeordnet und damit dem Schlagstock gleichgestellt. Zum Teil ist er lediglich als Hilfsmittel körperlicher Gewalt vergleichbar dem Pfefferspray eingestuft. Die Folge ist eine fehlende Lenkung des Auswahlermessens. Unzureichend ist es, die Auswahl zwischen immerhin vier mitgeführten Einsatzmittel (Pfefferspray, Schlagstock, Taser und Schusswaffe) nur durch die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen zur Anwendung unmittelbaren Zwangs und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu begrenzen.

Gefahr der Normalisierung polizeilicher Gewaltanwendung

Die fehlende rechtliche Einhegung des Tasers dürfte dazu führen, dass dessen Einsatz künftig nicht nur auf die Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben begrenzt wird. Vielmehr dürfte die flächendeckende Ausrüstung von Polizeibeamten mit Elektroimpulsgeräten das Potential besitzen, dass der Taser auch in Fällen zur Anwendung gelangt, die bislang mittels herkömmlicher Eingriffs- und Kontrolltechniken gelöst worden sind. Langfristig dürfte sich der Taser daher für Bürgerinnen und Bürger nicht als im Vergleich zu Schlagstock und Schusswaffe milderes Einsatzmittel darstellen, sondern einen Beitrag zur Normalisierung polizeilicher Gewaltanwendung leisten.

Anhaltspunkte für die Bestätigung dieser These lassen sich aus den von Polizeibehörden und der Herstellerfirma AXON skizzierten Anwendungsszenarien entnehmen. Diese deuten darauf hin, dass im Taser das Potential zur umfassenden Lagebewältigung gesehen wird. Die nordrhein-westfälische Polizei berichtet, dass der Respekt vor dem Taser „riesengroß“ sei und auch aus Rheinland-Pfalz wird zunehmender Respekt angesichts der Ausrüstung mit dem Taser vermeldet. Evaluationsergebnisse aus Rheinland-Pfalz zeigen zudem, dass 39,7 % der Beamten eine Einsatzsituation erlebt haben, bei der der Taser im Zusammenhang mit Widerstandshandlungen eingesetzt worden ist. Die Mehrzahl der befragten Beamten gibt an, bei Widerstandslagen den Taser „definitiv“ oder „wahrscheinlich“ gegenüber anderen Festnahme- oder Einsatzmitteln zu bevorzugen. Auch die Herstellerfirma AXON vermarktet den Taser als taugliches Mittel im Einsatz gegen Widerstandsdelikte. Sie ordnet ihn ferner als Mittel der Wahl im Umgang mit psychisch auffälligen Personen ein.

Topos des Respekts- und Autoritätserhalt und der Umgang mit psychisch Erkrankten

Wendet man sich zunächst dem Topos „Respekt- und Autoritätserhalt“ sowie Einsätzen gegen psychisch erkrankte Personen zu, wird deutlich, dass die vom Taser zu füllen behauptete Lücke zwischen Schlagstock und Schusswaffe gar nicht besteht. Bezogen auf Respekt und Autorität gilt, dass dies keine rechtlichen Kategorien sind und sie daher seitens der Polizei nicht – und erst recht nicht unter Androhung unmittelbaren Zwangs in Form von Waffengewalt – eingefordert werden dürfen. Besonders bedenklich erscheint es, wenn der Taser explizit als Einsatzmittel zur Bewältigung von Konfliktsituationen mit psychisch kranken Menschen eingeordnet wird. Bereits jetzt ist zu beobachten, dass Polizeibeamte gegenüber psychisch erkrankten Menschen häufiger unmittelbaren Zwang anwenden als dies gegenüber Personen ohne psychische Auffälligkeiten der Fall ist. Die angebliche Eignung des Tasers zur Lösung von Konflikten mit psychisch kranken Menschen verstärkt eine gewaltbetonte Einsatzbewältigung gegenüber dieser Personengruppe. Dabei droht aus dem Blick zu geraten, dass es sich um eine besonders vulnerable Gruppe handelt, auf deren Schutzbedürftigkeit die Polizei schon aus menschenrechtlichen Erwägungen besondere Rücksicht zu nehmen hat. Auch in praktischer Hinsicht gilt, dass ein großer Teil der poli-

zeilichen Kontakte mit psychisch kranken Menschen gewaltfrei gestaltet werden kann – sofern Beamtinnen und Beamte entsprechend aus- und fortgebildet werden.

Taser und Widerstandsdelikte

Im Kontext von Widerstandsdelikten bestehen bereits praktische Anwendungsprobleme. Der Abschuss von Pfeilelektroden wird wegen der dynamischen Situation nicht in Betracht kommen und der Taser kann seine vermeintliche Stärke, nämlich die getroffene Person handlungs- und bewegungsunfähig zu machen, in diesen Fallgestaltungen gar nicht ausspielen. Tatsächlich dürfte der Taser in Widerstandssituationen vor allem als Elektroschocker verwendet werden. Die Elektroschocks führen jedoch zu keiner Lähmung, sondern verursachen Schmerzen, durch die der Wille der Person gebeugt werden soll. Rechtlich unterliegt der Taser-Einsatz im Kontaktmodus damit nicht unerheblichen Bedenken, weil hierbei eine Willensbeugung durch Zufügung von Schmerzen bewirkt werden soll. Davon abgesehen stellt sich die Frage nach dem praktischen Bedürfnis, den Willen einer Person mittels Elektroschocks zu beugen, da Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten in der Ausbildung zahlreiche Eingriffstechniken erlernen, mit denen Personen in unmittelbarer Reichweite unter Kontrolle gebracht werden können.

Taser und das Risiko für Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte

Der Taser ist ein praktisch nur bedingt kontrollierbares Einsatzmittel. In diesem Beitrag ist der Blick vor allem auf die damit verbundenen gesundheitlichen Gefahren und die zu erwartenden Einflüsse auf die Praktiken polizeilicher Zwangsanwendung und Gewaltausübung gerichtet worden. Nicht unerwähnt bleiben soll, dass der Taser für Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte zu weniger Handlungssicherheit führen kann. Unklar ist insbesondere, wie bei Gefahren für Leib oder Leben das Auswahlermessen zwischen Taser und Schusswaffe ausgefüllt werden muss. Sofern man stets vom Vorrang des Tasers ausgeht, gehen bei Fehltreffern unter Umständen lebensrettende Sekunden bis zum Gebrauch der Schusswaffe verloren. Was dies in der Praxis bedeuten kann, zeigt eine Auswertung von Taser-Einsätzen in den USA: Der Taser war in fast 50 % der untersuchten Fälle wirkungslos, was teilweise tödlichen Folgen für die beteiligten Beamten nach sich zog. Greifen Beamte umgekehrt direkt zur Schusswaffe, dürfte zunehmend die Frage thematisiert werden, warum der Beamte nicht zunächst den Taser verwendet hat. Die damit verbundenen dienst- und strafrechtlichen Risiken treffen die Beamtinnen und Beamten im äußersten Fall mit empfindlicher Wirkung. Polizei und Innenpolitik sind daher gut beraten, die auch in den eigenen Reihen vorgetragenen Gegenargumente ernst zu nehmen und von einer flächendeckenden Ausrüstung der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten mit dem Taser abzusehen.

Max Mewes, Alessandro Giannini

Half-baked decision

THC als unzulässiger Bezugsmaßstab der „nicht geringen Menge"

doi: 10.59704/a76efdcd0882a478

Kaum in Kraft getreten, beschäftigt das neue Konsumcannabisgesetz (KCanG) bereits den BGH. In der Entscheidung (BGH 1 StR 106/24) überträgt der Gerichtshof sein zum Betäubungsmittelgesetz entwickeltes Begriffsverständnis zur „nicht geringen Menge" (7,5 g THC) pauschal auf die wortgleiche Neuregelung in § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG. Damit schlägt der BGH nicht nur formell, kriminalpolitisch und strafrechtsdogmatisch hohe Wellen (hier, hier und hier), er manövriert sich auch in verfassungswidrige Gewässer: Heikel ist bereits, dass der BGH der Gesetzesbegründung zum KCanG bewusst widerspricht, wonach der Grenzwert der „nicht geringen Menge" deutlich höher liegen sollte als in der Vergangenheit (BT-Drucks. 20/8704, S. 132). Den Grenzwert pauschal auf die neue gesetzliche Regelung zu übertragen, stellt jedenfalls eine nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässige Analogie dar und überschreitet damit die Grenze zulässiger Auslegung im Strafrecht. Denn eine *nicht geringe Menge THC* kann nicht mit einer *nicht geringen Menge Cannabispflanzen*, um deren Besitz es in der Entscheidung ging, gleichgesetzt werden.

Besitz einer Indoor Plantage als Strafschärfungsgrund

Der Entscheidung des BGH lag die erstinstanzliche Verurteilung zweier Angeklagter zugrunde, die als Gärtner in einer Indoor-Marihuanaplantage tätig waren. Allein bei der Durchsuchung wurden über *„1.763 Cannabispflanzen mit mindestens 160 kg Marihuana und mit einer Gesamtmenge von 22.105 g THC"* sichergestellt. Das Landgericht sah hierin u. a. einen strafbaren Besitz von mehr als drei lebenden Cannabispflanzen (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 KCanG). Dies blieb vom BGH unbeanstandet. Er hob aber den Rechtsfolgenausspruch auf und gelangte zur Annahme eines besonders schweren Falles nach § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG, da sich die Tat auf eine „nicht geringe Menge" bezogen habe. Statt dabei auf die 1.763 Cannabispflanzen abzustellen (sprachlich unproblematisch eine „nicht geringe Menge"), begründete der BGH dies mit der Überschreitung eines Grenzwertes von 7,5 g THC – wie in der zu § 29a Abs. 1 Nr. 2 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) ergangenen Rechtsprechung.

Der besonders schwere Fall und das Analogieverbot

Bei der Vorschrift über einen besonders schweren Fall, § 34 Abs. 3 S. 1 KCanG, handelt es sich um eine Strafzumessungsvorschrift. Sie ermöglich es dem Tatgericht, den Standard-Strafrahmen von Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren (nach § 34 Abs. 1 KCanG) auf eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren anzuheben. Dabei ist der höhere Strafrahmen „in der Regel" heranzuziehen, wenn eines der in § 34 Abs. 3 S. 2 KCanG genannten Regelbeispiele erfüllt ist.

Das Analogieverbot greift nach überwiegender Ansicht auch bei Strafzumessungsvorschriften ein, soweit die Strafgerichte zur Anhebung von Strafrahmen auf die vom Gesetzgeber benannten Regelbeispiele zurückgreifen.[1] Das Analogieverbot bindet den Richter strikt an das Gesetz und verbietet ihm, eine Sanktionsvorschrift auf einen Sachverhalt anzuwenden, der von ihr nicht mehr erfasst wird.[2] Es handelt sich dabei um das Komplement zum Bestimmtheitsgebot, das den Gesetzgeber bindet, wenn er neue Strafvorschriften schafft.

Die Grenze zwischen noch zulässiger Auslegung und verbotener Analogie markiert der noch mögliche Wortsinn des Gesetzes.[3] Als Bezugsrahmen für die Analyse des Wortsinns ist der Kontext, in den die auszulegenden Begriffe eingebettet sind, von entscheidender Bedeutung.[4] Dies gilt gerade für Begriffe zu Quantifizierungen (z. B. Menge, Gewicht, Volumen), denen für sich genommen

[1] LK-StGB/Dannecker/Schuhr StGB § 1 Rn. 271; NK-StGB/Kargl StGB § 1 Rn. 73.
[2] Ständige Rspr. seit BVerfGE 71, 108 (116); 73, 206 (236); 92, 1 (13).
[3] BGHSt 4, 144 (148); BVerfGE 71, 108 (115); 92, 1 (12).
[4] NK-StGB/Kargl StGB § 1 Rn. 96a.

keine spezifische Bedeutung entnommen werden kann. Bei ihnen ergibt sich ein nachvollziehbares Bedeutungssubstrat stets nur in Relation zu ihrem jeweiligen Bezugsobjekt (z. B. Menge *an…*). Ihre Bedeutung ist daher umso mehr von ihrem Einsatzbereich abhängig.

„Nicht geringe Menge" im KCanG

Zum Kontext der Auslegung der „nicht geringen Menge" in § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG zählt das Grunddelikt in § 34 Abs. 1 KCanG, auf das die Strafzumessungsregel verweist und strafrechtsdogmatisch zwingend Bezug nimmt.

Die „Tat nach Absatz 1" sieht aber viele verschiedene Tatmodalitäten vor. Insgesamt enthält § 34 Abs. 1 KCanG ganze 16 Tatvarianten, die ihrerseits zum Teil mit Subvarianten versehen sind. Je nachdem welche Tatvariante aus Absatz 1 in Rede steht, stellt das Gesetz an die Tathandlung und an das hierauf bezogene Tatobjekt (Cannabis, Blüten, blütennahe Blätter, Cannabispflazen, Cannabinoide) unterschiedliche Anforderungen. Die nicht geringe Menge ist daher nicht pauschal, sondern vielmehr bezogen auf das jeweilige Tatobjekt zu bestimmen.

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es wie gesagt um den Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KCanG, der den Besitz von „mehr als drei lebenden Cannabispflanzen" erfordert. Diese Tatbestandsvariante sieht bereits selbst explizit eine Mengenbeschreibung („mehr als drei") näher bezeichneter Tatobjekte („Cannabispflanzen") vor, um die erlaubte von der inkriminierten Menge zu unterscheiden. Aufgrund der normtextlichen Anknüpfung des § 34 Abs. 1 KCanG an präzisierte Tatobjekte in den verschiedenten Tatvarianten, wird das zulässige Auslegungsspektrum begrifflich und differenzierend stark eingeengt. Darin liegt der wesentliche Unterschied zu § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, der dieses Spektrum des Bezugsmaßstabs der „Menge" über die Bezugnahme auf „Betäubungsmittel" denkbar weit zieht (vgl. § 1 I BtMG iVm Anlage I bis III).

Besitz „nicht geringer Menge" Cannabispflanzen nötig

Hieraus folgt: Im Kontext des Straftatbestandes des Besitzes von mehr als drei Cannabispflanzen (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KCanG) wird das Bezugsobjekt der vom Regelbeispiel (§ 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG) geforderten „nicht geringen Menge" – sprachlich zwingend – auf „Cannabispflanzen" beschränkt.

Außerdem würde wegen des Erfordernisses einer bestimmten Menge in § 34 Abs. 1 KCanG ein genereller Rückgriff auf die THC-Menge den Wortsinn der „nicht geringen Menge" in § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG überschreiten, weil sich die Begrifflichkeiten unterscheiden und nicht konvergent verwendet werden können (z. B. THC ≠ Cannabispflanze). Auch deshalb funktioniert die pauschale Übertragung, die der BGH vom BtMG auf das KCanG vornimmt, nicht.

Schließlich kann eine Menge THC nicht pars pro toto zur Beschreibung einer Menge von Cannabispflanzen herangezogen werden, weil es an einem Umrechnungsmaßstab fehlt (wieviel THC enthält denn eine Cannabispflanze?). Kurzum: Erfordert Abs. 1 eine Menge an Cannabispflanzen, muss es auch bei der „nicht geringen Menge" in Abs. 3 Nr. 4 zwingend um eine bestimmte Menge an Cannabispflanzen gehen.

„Nicht geringe Menge" und weitere Tatmodalitäten

Die BGH-Rechtsprechung führt überdies beim Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) KCanG zu sprachlichen Inkongruenzen, die einen Verstoß gegen das Analogieverbot begründen. Auch hier kann in sprachlicher Hinsicht THC nicht als Referenz für eine nicht geringe Menge dienen, wenn die Tatmodalität eine Strafbarkeit beim Besitz von „mehr als 60 Gramm Cannabis, bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen" ansetzt. Die nicht geringe Menge muss hier – nach den vom Gesetzeswortlaut angestellten begrifflichen Interdependenzen – eine nicht geringe Menge an Trockengewicht sein.

Die durch den BGH betriebene Auslegung führt im Rahmen des § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) KCanG zu geradezu perplexen Ergebnissen: Bei einem Bezugsobjekt von „mehr als 60 Gramm Cannabis" könnte die „nicht geringe Menge" sprachlich Konstellationen erfassen, die unterhalb der Strafbarkeitsschwelle „60 Gramm" und damit unterhalb der Mengenangabe des Bezugsobjekts liegen. Bei den vom BGH geforderten 7,5 g THC könnten bereits 55 g Cannabis bei dem im konkreten Fall vorgefundenen Wirkstoffgehalt von 13,81 % eine „nicht geringe Menge" von „mehr als 60 Gramm Cannabis" darstellen (7,6 Gramm THC). Dies ist ungeachtet der systematischen Widersprüche bereits sprachlich nicht vermittelbar.

Stellt man sich weiterhin einen Fall vor, in dem der Täter den Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. b)

KCanG mit 61 g Cannabis verwirklicht, wäre auch das Regelbeispiel der nicht geringen Menge nach § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG erfüllt, obwohl der Täter das Grunddelikt gerade so und damit die Schwelle zur Strafbarkeit nur leicht übertreten hat. Dies wäre nämlich dann der Fall, wenn die sich in seinem Besitz befindlichen 61 Gramm Cannabis den durchschnittlichen THC-Wirkstoffgehalt von 14 % (8,54 g THC) oder den vom BGH im konkreten Fall vorgefundenen Wirkstoffgehalt von 13,81 % (8,42 g THC) aufweisen. In beiden Fällen würde der vom BGH geforderte THC-Gehalt von 7,5 g überschritten. Der Mengenbezug auf das THC wirkt sich zu Lasten des Täters aus, da er zu einer Anhebung des Strafrahmens führen kann. Er stellt daher eine unzulässige Analogie dar.

Dieselben sprachlichen Friktionen würden sich in Fällen ergeben, in denen weitere Tatmodalitäten in Rede stehen, nämlich die in § 34 Abs. 1 Nr. 1-12, 14-16 KCanG geregelten. Lediglich bei dem Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 13 KCanG würde die Auslegung des Begriffs „nicht geringe Menge“ anhand des THC-Gehalts nicht mit dem Bezugsobjekt „Cannabinoid“ in Konflikt geraten, da es sich hierbei sprachlich um konvergente Begrifflichkeiten handelt.

Konsequenzen für die Strafrechtspraxis

Die durch den BGH gewählte Auslegung stellt einen Verstoß gegen das Analogieverbot dar und zeigt, dass auch im Ergebnis eindeutige Fälle zu einer unzulässigen Maßstabsbildung führen können. In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Fall wird es keine nachhaltigen Folgen nach sich ziehen, den Verstoß zu rügen. Beim Vorfinden einer gesamten Plantage von Cannabispflanzen wird ein Instanzgericht unter Zugrundelegung eines mit dem Wortlaut zu vereinbarenden Maßstabs sicherlich eine „nicht geringen Menge“ i. S. v. § 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KCanG annehmen. Bei einer Aufzucht von 1.763 Cannabispflanzen, die hier im Raum stand, scheint ein anderes Ergebnis nicht vertretbar.

Sollten die Strafgerichte die Auslegung des BGH zur „nicht geringen Menge“ übernehmen, verstoßen sie gegen das Analogieverbot, wenn sie das Regelbeispiels des § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG im Falle eines 7,5 g übersteigenden THC-Gehalts pauschal bejahen. Eine Auslegung, die sich im Rahmen des Gesetzewortlauts bewegt, muss den Anknüpfungspunkt einer „nicht geringen Menge“ stets von der Tatmodalität abhängig machen, welche die Strafbarkeit konkret begründet. Dies hat das OLG Hamburg in einer kürzlich ergangenen Entscheidung (5 Ws 19/24) leider verkannt. Bei der Tatmodalität des Besitzes lebender Cannabispflanzen (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KCanG) muss dies eben mit einer entsprechenden Menge an lebenden Cannabispflanzen begründet werden. Das ist nicht rabulistisch, sondern Ausdruck der verfassungsrechtlich geforderten strikten Bindung der Rechtsanwendung an den Gesetzeswortlaut.

Kai Ambos

Scharfgestellte Staatsräson

Zum Umgang deutscher Sicherheitsbehörden mit dem Berliner „Palästina-Kongress"

doi: 10.59704/61263c53a27c321d

Das Vorgehen deutscher Behörden gegen kritische Stimmen in Bezug auf die israelische Kampfführung im Gaza-Krieg sorgt für zunehmende Kritik. Insbesondere international häufen sich Presseberichte und besorgte Äußerungen über Einschränkungen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit. Besondere Aufmerksamkeit kam dabei zuletzt den Maßnahmen zur Unterbindung des Palästina-Kongresses in Berlin zu, die ebenfalls international stärker als hierzulande auf Kritik (s. etwa hier und hier) gestoßen sind. Unter anderem wurde dem ehemaligen griechischen Finanzminister Yanis Varoufakis die Einreise in die Bundesrepublik verweigert, um ihn davon abzuhalten, eine Rede auf dem Kongress zu halten.

Der hochangesehene Rechtswissenschaftler Robert Howse, Professor an der New York University, äußerte hierzu: „The treatment of @yanisvaroufakis by Germany raises the question of whether intl conferences should be held in Germany at all going forward." Auch wenn solche Boykottaufrufe aus deutscher Sicht überzogen erscheinen mögen, so wird man doch den damit zum Ausdruck kommenden internationalen Reputationsverlust Deutschlands aufgrund seiner Gaza-/Palästinapolitik nicht einfach ignorieren können, zumal er nun auch die deutsche Wissenschaftslandschaft erreicht hat (zur umstrittenen Absage der Albert Magnus Professur für Nancy Fraser s. die instruktive Diskussion zwischen Detjen und Kaube hier).

In der Sache erscheint das Vorgehen der Sicherheitsbehörden gegen den Palästina-Kongress und bestimmte Einzelpersonen als überzogen und unverhältnismäßig. Im Lichte der Kooperation der Veranstalter mit den Sicherheitsbehörden (im Vorfeld und während der Veranstaltung) sowie der äußersten vagen Gefahrenprognose der Berliner Polizei spricht einiges dafür, dass die Auflösung der Veranstaltung (§ 22 Abs. 1 Nr. 3 VersFG BE)[1] rechtswidrig war (s. näher hier), insbesondere weil der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG nur für Versammlungen „unter freiem Himmel" gilt. Das sollte verwaltungsgerichtlich geklärt werden. Für ein rechtswidriges, vor allem grundrechtswidriges Vorgehen der Sicherheitsbehörden sprechen auch die behördlichen Maßnahmen gegen (aktive und passive) Teilnehmer der Veranstaltung, die auch im Nachgang – trotz Nachfrage – nicht plausibel erklärt worden sind.

Die Begründung der Bescheide zeichnet dabei ein Bild behördlicher Praxis, das die Grundrechtsausübung unter den politischen Vorbehalt deutscher Staatsräson und historischer Verantwortung Deutschlands gegenüber Israel stellt. Aus Sicht der zuständigen Sicherheitsbehörden scheint scharfe Kritik an israelischer Politik islamistischen Antisemitismus darzustellen, der nicht nur die deutsche öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern sogar (sic!) das Gewaltverbot der UN-Satzung verletzt. Im Folgenden dokumentieren wird die Bescheide auszugsweise, unsere Fragen an die Behörden und deren Antworten darauf. So kann sich jede/r Leser/in selbst ein Bild darüber machen, ob die behördliche Argumentation aus grundrechtlicher Sicht tragfähig ist.

Prominente Betroffene

Hinsichtlich des Einreiseverbots gegen den ehem. griechischen Finanzminister *Yanis Varoufakis* hat die Bundespolizei seinem Anwalt mitgeteilt:

> „Zu Ihrem Mandanten bestand im Kontext einer möglichen Teilnahme als Redner beim Palästina-Kongress 2024 in Berlin eine Fahndungsausschreibung zur nationalen Einreiseverweigerung gem. § 30 Abs. 5 BPolG i. V. m. § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU, befristet für den Zeitraum der Veranstaltung vom 10. bis zum 14. April 2024. Im Falle einer Feststellung durch die Bundespolizei wäre nach Einzelfallprüfung im Falle einer geplanten Teilnah-

[1] Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass das Berliner Landesamt für Einwanderung das bundesrechtliche VersammlungsG anwendet (s. auch Bescheide im Haupttext), obwohl das VersFG BE seit 23.2.2021 gilt.

> me am Kongress als aktiver Redner eine Einreiseverweigerung gegen die Person geprüft worden. Die in Rede stehende Ausschreibung wurde, wie oben ersichtlich, zwischenzeitlich gelöscht."

Das klingt so, also ob Varoufakis die Einreise nicht verweigert worden wäre, das ist aber effektiv geschehen (s. hier). Die Bundespolizei hat erst auf journalistische Nachfrage ein Einreiseverbot eingeräumt, im Übrigen aber auf das Berliner Landesamt für Einwanderung verwiesen (s. hier). Ein Betätigungsverbot wird nach wie vor bestritten (s. hier am Ende), obwohl Varoufakis seine Rede nicht halten konnte (s. nun aber hier).

Betätigungs- und Einreiseverbote gab es ferner gegen zwei weitere prominente Gäste des Kongresses: *Ghassan Abu Sitta,* Rektor der Universität Glasgow und palästinensischer Arzt, der 2023 43 Tage in Gaza gearbeitet hat, sowie den 86-jährigen *Salman Abu Sitta,* Onkel von Ghassan Abu Sitta und Direktor der Palestine Land Society in London. Ghassan Abu Sitta wurde mehrere Stunden am Berliner Flughafen festgehalten und schließlich die Einreise verweigert (s. hier, hier und hier). Ihm wurde Sympathie für die Hamas und für die „Popular Front for the Liberation of Palestine" (PFLP) vorgeworfen, u.a. weil er vor drei Jahren in Beirut auf der Beerdigung des PFLP-Führers Maher Al-Yamami eine Rede gehalten hat (s. hier).[2] Salman Abu Sitta sendete eine Videobotschaft, deren Abspielen am 12. April aber schon nach wenige Minuten durch die Polizei unterbrochen wurde (hier, hier). Ihm wird von den Sicherheitsbehörden insbesondere ein Blogpost vorgeworfen, in dem er äußerte, er hätte „einer von denen sein können, die am 7. Oktober die Blockade durchbrachen", wenn er jünger gewesen wäre.

Stellungnahmen des Bundesministeriums des Inneren (BMI): unvollständig, ungenau und unzutreffend

Auf Anfrage des Verfassungsblog vom 13.4.2024, ob und auf welcher Rechtsgrundlage ein Einreiseverbot gegen Yanis Varoufakis verhängt wurde, hat das BMI zwei Tage später mitgeteilt:

> „Das konsequente Einschreiten der Berliner Polizei und die erfolgte Auflösung des sogenannten „Palästina-Kongresses" in Berlin sind aus Sicht des Bundesinnenministeriums richtig und notwendig. Diese versammlungsrechtlichen und polizeilichen Maßnahmen vor Ort liegen in der Zuständigkeit des Landes Berlin.
>
> Wer islamistische Propaganda und Hass gegen Jüdinnen und Juden verbreitet, muss wissen, dass solche Straftaten schnell und konsequent verfolgt werden. ***Antisemitische*** und islamistische ***Straftaten*** werden nicht geduldet.
>
> Die Terrororganisation Hamas und die Gruppierung Samidoun sind im November 2023 durch Bundesinnenministerin Faeser in Deutschland verboten worden. Das bedeutet: Jedwede Betätigung ist untersagt und eine Straftat, dazu gehören auch Propagandareden für die Hamas. Die Sicherheitsbehörden beobachten sehr aufmerksam, dass die Verbote eingehalten werden. Wir behalten die ***islamistische Szene*** eng im Visier.
>
> Die Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder standen schon im Vorfeld des sogenannten Palästina-Kongresses im engen Austausch und haben notwendige Maßnahmen ergriffen.
>
> Über die Gewährung bzw. die Verhinderung der Einreise wird im Rahmen von Grenzkontrollen nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls unter Einschluss der zum Zeitpunkt der Kontrolle vorliegenden Erkenntnisse nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der Verordnung (EU) 2016/399 (Schengener Grenzkodex), vor Ort entschieden. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass eine Auskunft zu Einzelfällen nicht möglich ist.
>
> Darüber hinaus verweisen wir zu möglichen weiteren Maßnahmen an die Berliner Innenbehörden und das Bundespolizeipräsidium." [Herv. K.A.]

[2] Abu-Sittas Anwälte erklärten laut der gleichen Quelle (hier am Ende): "… their client had been asked to speak at Al-Yamani's memorial by his widow and his distress reflected his personal friendship with him. … Abu-Sittah is not a member of the PFLP, does not support Palestinian terrorist organisations or the Hamas attack, and condemns 'that atrocity and all atrocities against civilians.'"

In einer denkwürdigen Pressekonferenz des BMI (Auszüge hier) hat sich deren Sprecherin, Dr. Sonja Kock, ähnlich geäußert. Sie hat insbesondere auf „antisemitische Straftaten" und die „islamistische Szene" Bezug genommen, die – so auf Nachfrage – im Verfassungsschutzbericht „feststehend" definiert sei; zu dem Fall Varoufakis wurde keine Auskunft gegeben („weder dementieren noch bestätigen"; „kann zu den einzelnen Fällen nichts Näheres nicht sagen", „werde mich nicht zu Herrn Varoufakis äußern").

Das sind unvollständige, ungenaue und auch teilweise unzutreffende Äußerungen.

Das (effektiv ergangene) Einreiseverbot für Varoufakis hätte, da er Unionsbürger ist, nur auf § 6 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU gestützt werden können. Dabei sind die in Bezug genommenen Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit (§ 6 Abs. 1 S. 1 Freizüg/EU) eng und unionsrechtlich (insbesondere im Lichte der Vorgaben aus Art. 27 ff RL 2004/38/EU – Unionsbürger-Richtlinie) auszulegen; es können „nur solche Verhaltensweisen den Verlust des Freizügigkeitsrechts rechtfertigen, die eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft darstellen" und es muss „eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung gewichtiger Rechtsgüter vorliegen" (Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, Nr. 6.1.1.1). Nichts davon wird vom BMI (oder der Bundespolizei) der Öffentlichkeit gegenüber geltend gemacht. Ein Betätigungsverbot kommt bei Unionsbürgern ohnehin nicht in Betracht, denn auf den insoweit (ausländerrechtlich) einschlägigen § 47 AufenthG wird in § 11 FreizügG/EU nicht verwiesen.

„*Antisemitische Straftaten*" kennt das deutsche Strafrecht nicht (s. auch hier, S. 4). Explizit nimmt das deutsche Strafrecht auf Antisemitismus nur als Strafzumessungsumstand Bezug (§ 46 Abs. 2 S. 2: „antisemitische" Beweggründe). Ein Vorschlag der CDU/CSU Bundestagsfraktion vom 14. November 2023 (BT-Drs 20/9310), die Leugnung des Existenzrecht des Staates Israel und den Aufruf zur Beseitigung des Staates Israel in den Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) aufzunehmen, einschließlich des antisemitischen Handelns als besonders schwerer Fall, ist nicht Gesetz geworden. Im Übrigen wird in den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren auf „antisemitische Beweggründe" an drei Stellen Bezug genommen.[3] Die Begriffsverwendung „antisemitische Straftaten" ist also zumindest ungenau; tatsächlich geht es um „normale" Straftaten (insbesondere § 130 StGB, aber auch §§ 185, 223, 303 StGB u.a.), die mit antisemitischem Motiv begangen werden. Solche Straftaten gehören zur „Politisch motivierten Kriminalität" (PMK), genauer zur „Hasskriminalität" (vgl. hier S. 11, Tabelle 13 sowie hier, S. 5), und werden vom BKA auf Grundlage von Informationen der Landeskriminalämter (die sie von den zuständigen Polizeibeamten/Staatschutzstellen erhalten) statistisch erfasst. Die Klassifizierung erfolgt also – wenn auch nach einem bundeseinheitlichen „Themenfeldkatalog PMK" – lediglich polizeilich und ist nicht gerichtlich bestätigt, so dass die üblichen Validitätsprobleme der polizeilichen Kriminalstatistik (genauer: „Tätigkeitsstatistik") auftreten (vgl. Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 15 Rn. 14 ff.; speziell zur Erfassung „PMK – rechts" Habermann/Singelnstein, 2019).

Was die „*islamistische Szene*" angeht, so ist dieser Begriff, entgegen der Auskunft von Dr. Kock, im aktuellen Verfassungsschutzbericht von 2022 nicht ein einziges Mal erwähnt. Dort finden sich (S. 180 ff.) lediglich Ausführungen zum Islamismus bzw. zu „islamistischen Strömungen" und Organisationen, die die „Szene" bilden. Der Begriff selbst findet sich in der Sekundärliteratur, wobei dann Gruppen und Personen, vor allem salafistischer Ausrichtung, erwähnt werden (vgl. etwa bpb und Neumann, 2019, S. 13 ff.). Veranstalter des „Palästina Kongress" war die Jüdische Stimme für gerechten Frieden in Nahost.[4] Sie gehört zu dem Netzwerk „Europäische Juden für einen gerechten Frieden", ihre Partnerorganisation in den USA ist die „Jewish Voice for Peace". Die Unterstützer und Mitorganisatoren (s. hier) kamen aus dem linken bis linksextremem (deutschem, jüdischem, palästinensischem) Spektrum (von Trotzkisten bis BDS). Gegen diese Gruppen kann man vieles sagen, aber sicher nicht, dass sie zur islamistischen Szene gehörten oder überhaupt radikal/fundamentalistisch religiös seien.

[3] Nr. 15 Abs. 6 (Erstreckung der Ermittlungen auf antisemitische Tatumstände), Nr. 86 Abs. 2 (zur Begründung des öffentlichen Interesses bei Privatklagen) und Nr. 234 (besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung einer antisemitisch motivierten fahrlässigen Körperverletzung).

[4] Die Jüdische Stimme repräsentiert formal weniger als 1% der ca. 225.000 in Deutschland lebenden Juden und Jüdinnen; der Zentralrat der Juden repräsentiert fast 50% (über 90.000); s. hier und hier.

Weitere Kontakt- und Betätigungsverbote

Weniger bekannt ist, dass auch Kontakt- und Betätigungsverbote gegen weitere, in Deutschland aufhältige Personen verhängt wurden, so gegen einen in Syrien geborenen Palästinenser, der seit 2015 in Deutschland lebt und als Facharbeiter tätig ist. Seiner Anwältin wurden am 12. April 2024 um ca. 17 Uhr (also nach Büroschluss) zwei Bescheide des Berliner Landesamts für Einwanderung – mit rückwirkender Geltung ab 10 Uhr des gleichen Tages (Beginn des Palästina-Kongresses) – zugestellt: der erste Bescheid (7 Seiten) ordnete ein Kontaktverbot aufgrund § 56 Abs. 4 AufenthG an, der zweite Bescheid (20 Seiten) ein Betätigungsverbot aufgrund § 47 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 3 und Abs. 2 Nr. 2 AufenthG. Auszugsweise lauten die Bescheide wie folgt (Fettdruck im Original, sonstige Herv. K.A.):

Erster Bescheid

Sie werden verpflichtet, zu den Teilnehmern und Veranstaltern der Veranstaltung/Versammlung „Palästina Kongress" vom 12.04.2024, 10.00 Uhr, bis zum Abschluss der Veranstaltung am 14.04.2024 in Berlin des Veranstalters „Jüdische Stimme für gerechten Frieden in Nahost" keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren, diese nicht zu beherbergen und bestimmte Kommunikationsmittel (hier: E-Mail) und Dienste (hier: Facebook, Instagram, Facetime, WhatsApp, You Tube, X [ehemals Twitter], Telegram, Snapchat) nicht zu nutzen. Hiervon ausgenommen sind Telefonanrufe mittels Festnetz oder Mobiltelefonnetz (ohne Datennetz), SMS-Kurznachrichten sowie Briefpost und Internetnutzung ohne die vorgenannten Dienste und Kommunikationsmittel.

Die Verfügung erfolgt vorliegend, um Bestrebungen die zu Ihrer Ausweisung nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG geführt haben, zu unterbinden. Sie verfolgt damit einen legitimen Zweck. Zusammengefasst gehen – nach den tatsachenbasierten Erkenntnissen der Senatsverwaltung für Inneres und Sport – Ihre „Bestrebungen" dahin, *israelfeindlichen Antisemitismus* zu unterstützen und letztlich *gegen die verfassungsmäßige Ordnung sowie gegen den Gedanken der Völkerverständigung* zu verstoßen, indem Sie das friedliche Zusammenleben der Völker in Frage stellen und Gewalt gegen den Staat Israel, den Sie als *„Besatzer"* bezeichnen, als ausdrückliches Mittel befürworten.

…

Durch eine Anhörung könnte eine Entscheidung gem. § 56 Abs. 4 AufenthG nicht mehr rechtzeitig ergehen. Die Voraussetzungen für ein *Absehen von der Anhörung* liegen mithin vor. Das hier eröffnete Ermessen wird demnach zu Ihren Lasten ausgeübt. Denn nur so kann der hier einschlägigen Gefahr sachgerecht entgegengetreten werden. Ungeachtet dessen, können Sie sich auch nach Erlass dieser Entscheidung zu dieser äußern.

Zweiter Bescheid

…

1. (a) **Ihnen wird die Teilnahme an der Veranstaltung/Versammlung „Palästina Kongress" vom 12. April 2024, 10:00 Uhr, bis zum Abschluss der Veranstaltung am 14. April 2024 in – Germaniastraße 18, 12099 Berlin – des Veranstalters „Jüdische Stimme für gerechten Frieden in Nahost" – einschließlich der Darbietung eigener Beiträge – insbesondere in Wort und Schrift – untersagt. Die Teilnahme wird auch dann untersagt, sofern die Veranstaltung/Versammlung an einem anderen Ort abgehalten wird.**

   (b) **Ihnen wird die Teilnahme als Interviewpartner vom 12. April 2024 bis zum 14. April 2024 auf der in Ziff. 1 genannten Veranstaltung/Versammlung untersagt. Dies schließt sowohl die persönliche Teilnahme als auch eine solche bei Abwesenheit durch die Verwendung von Telekommunikationsmitteln mit ein. Die Teilnahme wird auch dann untersagt, sofern das Interview an einem anderen Ort durchgeführt wird.**

Ihnen wird die Veröffentlichung von Medienbeiträgen untersagt, soweit diese einen Bezug zu der in Ziffer 1 genannten Veranstaltung/Versammlung aufweisen. Dies schließt die schriftliche, visuelle oder akustische Veröffentlichung bspw. mittels Podcast, ein. Das Verbot wird auf den Zeitraum vom 12. April 2024 bis zum 14. April 2024 beschränkt.

1. (c) **Ihnen wird bis zu Ihrem Verlassen der Bundesrepublik Deutschland, längstens aber bis zum 28. April 2024, jegliche**

Teilnahme an allen Veranstaltungen der „Jüdischen Stimmer für gerechten Frieden“ untersagt soweit diese einen Bezug zu der in Ziffer 1 genannten Veranstaltung/Versammlung aufweisen und/oder zu dem israelisch-palästinensischen Konflikt haben und/oder sich auf Handlungen beziehen, die gegen den Staat Israel einschließlich seines Bestandes, inneren Friedens und seiner Gründungsgrundlage gerichtet sind.

(d) **Die sofortige Vollziehung dieses Bescheides wird angeordnet.**

Hinweis:

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Zuwiderhandlung gegen diese Verfügung gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft wird.

Auch wenn Sie nicht auf der Speaker/innen-Liste auf der Webseite des Kongresses stehen, so ist zu befürchten, dass Sie an dem obig genannten „Palästinakongress“ teilnehmen und sich dort äußern werden. Dies schließe ich aus den hier vorliegenden und folgend dargelegten Erkenntnissen. Ferner bestätigen diese Erkenntnisse, dass Sie in der Vergangenheit bereits mit dem Terrorismus unterstützenden und *antisemitischen Äußerungen* in Zusammenhang mit dem israelisch-palästinensischen Konflikt aufgefallen sind:

…

Gemäß § 47 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 3 AufenthG wird die politische Betätigung eines Ausländers untersagt, soweit sie den kodifizierten *Normen des Völkerrechts* widerspricht. Umfasst hiervon sind somit die in völkerrechtlichen Verträgen festgehaltenen Normen, welche von der Bundesrepublik tatsächlich ratifiziert wurden. Einschränkend wird die Norm aber dahingehend verstanden, dass lediglich ein Verstoß gegen eine *völkerrechtliche Vertragsnorm*, aus der *für Einzelpersonen individuelle Rechte und Pflichten* herrühren, unter diesen Tatbestand fällt …. Diese Voraussetzungen liegen vor. Ihre Äußerungen verstoßen mittelbar gegen das *allgemeine Gewaltverbot des Artikel 2 Nr. 4 der Charta* der Vereinten Nationen. Danach unterlassen alle Mitglieder in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt. Durch Ihre Befürwortung heißen Sie Gewalttaten ausdrücklich gut und *verstoßen gegen das Gewaltverbot*.

…

Durch Ihren geplanten Auftritt ist das friedliche Zusammenleben und die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Bei der Beurteilung der Gefährdung im Sinne von § 47 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG gelten die Maßstäbe des Polizeirechts. Es müssen daher Tatsachen vorliegen, die auf eine konkrete Gefährdung der oben bezeichneten *Polizeirechtsgüter* schließen lassen. Maßgebend für die Beurteilung ist der Sach- und Kenntnisstand zum Zeitpunkt des Erlasses der Verbotsverfügung …. Diese Schwelle wird in Ihrem Fall überschritten. Dies gilt gerade auch deswegen, weil die Veranstaltung und damit die Reichweite Ihrer *antisemitischen Texte* auf Grund der Örtlichkeit einem großen Publikum zugänglich ist. Dies kann – auch aufgrund der zu erwartenden Presserelevanz Ihres Auftritts – nicht hingenommen werden. Bei Ihnen kommt ferner noch ihre Bekanntheit innerhalb der propalästinensischen Szene …

…

Zudem ist nicht auszuschließen, dass es auf Grund des polarisierenden Charakters Ihrer Darbietung und der hohen Emotionalität der ihr zugrundeliegenden Thematik zu spontanen Gegendemonstrationen kommt, die sodann in einer *gewaltsamen Auseinandersetzung* zwischen verschiedenen ausländerrechtlichen Gruppierungen münden könnten.

…

Daher ist Ihr Auftritt geeignet, das friedliche Zusammenleben zu gefährden. Es steht zu befürchten, dass sowohl jüdische Mitmenschen als auch Menschen mit arabisch/palästinensischem Migrationshintergrund, aber auch Andere in ihrem friedlichen Zusammenleben beeinträchtigt werden. Schwelende politische Konflikte zwischen Juden und Arabern/Palästinensern und jeweils mit den verschiedenen Gruppierungen Sympathisierende könnten belebt und gewaltsam ausgelebt werden. Es könnte der Eindruck entstehen, dass der deutsche Staat seine *historische Verantwortung* für das Schicksal der europäischen Juden auf Grund des Holocausts nicht ernst nimmt und offenen und gewaltverherrlichenden *Antisemitismus* demgegenüber sogar noch *duldet*. Diesem Eindruck ist entschieden entgegenzuwirken.

…

Zudem stellt Ihre geplante politische Bestätigung ei-

ne *Gefahr* für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der geschriebenen Rechtsordnung, insbesondere die verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbotsnormen, den Schutz des Staates und die Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen sowie die Individualgüter und -rechte wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum. Jeder mit *hinreichender Wahrscheinlichkeit verursachte Normverstoß* im Zusammenhang mit der politischen Betätigung erfüllt somit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 47 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Von besonderer Bedeutung dürften in diesem Zusammenhang die *Straftatbestände* der §§ 125 ff. StGB sein. In Betracht kommen aber auch Verstöße gegen das *Versammlungsgesetz*, wie z.B. die Teilnahme an einer verbotenen Versammlung (z.B. § 29 Nr. 2 VersG) sowie Verstöße gegen das Vermummungs- und Schutzwaffenverbot bei öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel (z.B. § 2 Abs. 3 VersG, § 17a VersG, § 27 VersG). Gegen das Versammlungsrecht haben Sie bereits, ggf. mehrfach, wie unter I. ausgeführt verstoßen [Anm.: es gibt ein – hier anwendbares – Berliner Versammlungsgesetz, VersFG BE].

…

Denn es steht konkret zu befürchten, dass Sie die dargestellten *antisemitischen und gewaltverherrlichenden Äußerungen* einschließlich der verbotenen Parole *„From the river to the sea“* im Rahmen des „Palästina Kongresses“ vor einer breiten Öffentlichkeit, insbesondere aufgrund des angekündigten Livestreams weltweit, äußern, zumindest aber die ideologische Zielrichtung der … weiter vertreten. Dies bedingt einen hohen Wirkkreis, der weiter zur Verbreitung antisemitischer und menschenverachtender Meinungen und Handlungen sowie *israelfeindlicher Propaganda* beitragen würde. Dies kann *insbesondere in der Bundesrepublik* nicht toleriert werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.2019 – BT-Drs. 19/10191 – zu verweisen. In dieser stellt der Deutsche Bundestag klar, dass auch der *Staat Israel*, der als *jüdisches Kollektiv* verstanden werden kann, Ziel *antisemistischer* [sic!] Angriffe sein kann. Darunter fällt erst Recht, wenn das *Existenzrecht* des jüdischen und demokratischen Staates Israel und dessen legitimes Ziel auf *Landesverteidigung* in Frage gestellt werden. In dem Augenblick, in dem das Existenzrechts [sic!] bestritten wird, ist die *Grenze legitimer* und von Art. 5 Abs. 1 GG geschützter *Kritik* am Staat Israel *ipso facto überschritten* und stellt keine grundsätzlich hinzunehmende überspitzte Meinungsäußerung mehr da [sic!]. Denn eine *Kritik am Staat Israel lässt dessen Bestand denklogisch unberührt.* Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Schutz des Staates Israel auf Grund *seiner* [!?] Geschichte besonders verpflichtet; dieses Ziel gehört zur deutschen *Staatsräson*. Die Hinnahme öffentlicher Reden, die das Bestreiten des Existenzrechts Israels oder andere antisemitische Äußerungen zum Gegenstand haben, sind vor diesem Hintergrund geeignet, das *außenpolitische Verhältnis* der Bundesrepublik Deutschland *zum Staat Israel* zu beeinträchtigen, sofern diese nicht untersagt werden.

…

Dies gilt insbesondere auch deswegen, da die Bundesrepublik dem israelischen Staat gegenüber *auf Grund seiner Geschichte im besonderen Maße verpflichtet* ist.

Offene Fragen und ausweichende Antwort des Berliner Landesamts für Einwanderung

Zu diesen Bescheiden hat der Verfassungsblog auf Bitte des Verfassers am 19.4.2024 folgende Fragen an das Berliner Landesamt für Einwanderung gerichtet:

I. Allgemeine Fragen

1. Warum konnten die Bescheide nicht früher erlassen und somit eine Anhörung durchgeführt werden?
2. Hat das Landesamt mit den Veranstaltern, insbesondere der „Jüdischen Stimme für gerechten Frieden“, vor der Veranstaltung Kontakt aufgenommen und war es über die Inhalte der Veranstaltung und ihren Ablauf informiert?
3. Ist das Landesamt mit der seit 1967 bestehenden Situation im Westjordanland, Gaza und Ost-Jerusalem vertraut?
4. Hat das Landesamt eine Abwägung mit den Grundrechten auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 5, 8 GG) vorgenommen? Wenn ja, welche Aspekte wurden konkret bei dem Abwägungsvorgang berücksichtigt?

II. Fragen zum ersten Bescheid (Kontaktverbot)

1. Was versteht das Landesamt unter „israelfeindlichem Antisemitismus“?
2. Was versteht das Landesamt unter einem Staat, der als „Besatzer“ bezeichnet wird?

III. Fragen zum zweiten Bescheid (Betätigungsverbot)

1. Ist das Landesamt der Ansicht, dass ein Einzelner das Gewaltverbot von Art. 2 Abs. 4 UN Charta verletzen kann?
2. Ist das Landesamt der Ansicht, dass das Gewaltverbot im o.g. Sinne durch bloße Meinungsäußerungen verletzt werden kann?
3. Welche konkreten „Polizeirechtsgüter" hätten nach Ansicht des Landesamts von dem Betroffenen konkret gefährdet werden können?
4. Inwiefern hat das Landesamt etwaige Äußerungen des Betroffenen als „offenen und gewaltverherrlichenden Antisemitismus" bewertet? Um welche Äußerungen geht es konkret? Inwiefern sind die Äußerungen antisemitisch? Von welcher Antisemitismusdefinition geht das Landesamt aus?
5. Inwiefern waren Verstöße gegen das Versammlungsrecht im vorliegenden Fall gegeben? Handelte es sich nicht um eine vorher genehmigte Versammlung i.S.v. Art. 8 GG?
6. Wurde die Parole „From the river to the sea" im vorliegenden Zusammenhang als antisemitisch bewertet? Wenn ja, worauf stützt(e) sich diese Bewertung?
7. Was versteht das Landesamt unter „israelfeindlicher Propaganda"?
8. Hält das Landesamt die Entschließung des Bundestags v. 15.5.2019 (BT-Drs 19/10191) für rechtsverbindlich?
9. Ist nach Ansicht des Landesamts eine völkerrechtlich oder menschenrechtlich begründete Kritik am Staat Israel / seiner Politik zulässig? Bejahendenfalls: Wie ist eine solche Kritik von einer Kritik abzugrenzen, die sich gegen den Staat Israel – „als jüdisches Kollektiv verstanden" – richtet?
10. Worauf bezieht sich nach Ansicht des Landesamts das von ihm angeführte „Existenzrecht" des Staates Israel? Welches Territorium ist bzw. sollte nach Ansicht des Landesamts damit gemeint sein?
11. Wie ist folgender Satz zu verstehen: „Denn eine Kritik am Staat Israel lässt dessen Bestand denklogisch unberührt"?
12. Was versteht das Landesamt unter dem Begriff der „Staatsräson"? Wie weit sollte nach Ansicht des Landesamts diese Staatsräson reichen?

Wir erhielten am 22.4.2024 von einem Sprecher des Landesamtes für Einwanderung die folgende Antwort:

> „Ich bitte um Verständnis, dass sich das Landesamt zu Anfragen bezüglich einzelner Verwaltungsverfahren und Maßnahmen, die konkrete Personen betreffen, nicht äußert. Dies gilt umso mehr, als Ihnen die entsprechenden Bescheide des Landesamtes für Einwanderung ja vorliegen. Aus hiesiger Sicht sind die Bescheide rechtmäßig, hinreichend und ausführlich begründet und tragen die in den Ihnen vorliegenden Bescheiden genannten Rechtsvorschriften diese. An der Verfassungsmäßigkeit der benannten Rechtsgrundlagen bestehen hier keine Zweifel."

Diese Antwort ist offensichtlich unzureichend. Zunächst geht es schon nicht um die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlagen, sondern um die Rechtmäßigkeit, insbesondere Verhältnismäßigkeit, der konkreten Maßnahmen. Aus Platzgründen können die Bescheide hier nicht *en detail* dekonstruiert werden. Aus meinen Hervorhebungen und Fragen ergeben sich aber ihre rechtlichen Knackpunkte und die zugrundeliegenden problematischen Annahmen des Berliner Landesamts. Im Kern wird auf der Grundlage des weiten Antisemitismusbegriffs der IHRA-Definition (dazu kritisch hier und hier) Kritik an Israel (seiner Regierung/Politik) – den „collective jew" repräsentierend (Klug, 2003, 120, 136) – mit Antisemitismus gleichgestellt und nicht zwischen (völker)rechtlich begründeter (zulässiger) Israelkritik und (unzulässigem) Antisemitismus differenziert (näher hier, S. 75 ff.). Insbesondere wird auch nicht zwischen Kritik an israelischer Politik und der Infragestellung des Existenzrechts Israels differenziert. Die IHRA-Arbeitsdefinition und der auf ihr beruhende BDS-Beschluss des Bundestags (BT-Drs. 19/10191) werden als rechtsverbindlich behandelt. Das zwischenstaatliche Gewaltverbot i.S.v. Artikel 2 Abs. 4 UN-Satzung wird nicht nur auf Einzelpersonen angewendet (sic!), sondern seine Verletzung durch bloße Äußerungsdelikte dieser Einzelpersonen für möglich gehalten. Tatsachenbehauptungen (Israel als Besatzungsmacht und damit „Besatzer") werden als unzulässige (antisemitische?) Wertungen behandelt. Ambivalente Äußerungen, insbesondere die Parole „From the river to the sea" (dazu hier), werden als eindeutig antisemitisch bewertet.

Eine gründliche Abwägung mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit hat bei alldem, soweit ersichtlich,

nicht stattgefunden. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung scheint weder im BMI noch beim Berliner Landesamt für Einwanderung ausreichend zur Kenntnis genommen zu werden. Danach hat der Staat aber:

> „grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten. Die Zulässigkeit von Kritik am System ist Teil des Grundrechtestaats.
>
> Zwar dürfen grundsätzlich … auch staatliche Einrichtungen vor verbalen Angriffen geschützt werden, da sie ohne ein Mindestmaß an gesellschaftlicher Akzeptanz ihre Funktion nicht zu erfüllen vermögen. Ihr Schutz darf indessen nicht dazu führen, staatliche Einrichtungen gegen öffentliche Kritik – unter Umständen auch in scharfer Form – abzuschirmen, die von dem Grundrecht der Meinungsfreiheit in besonderer Weise gewährleistet werden soll, und der zudem das Recht des Staates gegenübersteht, fehlerhafte Sachdarstellungen oder diskriminierende Werturteile klar und unmissverständlich zurückzuweisen… Das Gewicht des für die freiheitlich-demokratische Ordnung schlechthin konstituierenden Grundrechts der Meinungsfreiheit ist dann besonders hoch zu veranschlagen, da es gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet.“ (1 BvR 2290/23, Rn. 28 f.).

Dieser Maßstab sollte auch für Israel, verstanden als liberal-demokratischer Rechtsstaat (hier), gelten.

Fazit

Die Ereignisse um den Berliner Palästina-Kongress sind Ausdruck einer besorgniserregenden Diskursverengung, die im Ausland nur Kopfschütteln oder blankes Entsetzen hervorruft. Berlin galt einst als Hort künstlerischer (und sonstiger) Freiheit, doch nun, so die New York Times, wurde dies „durch Debatten darüber, was über Israel und den Krieg gesagt werden darf und was nicht, auf den Kopf gestellt.“ Auch in Deutschland tätige israelische Intellektuelle und Künstler sehen eine „beispiellose Einschränkung“ der Protest- und Meinungsfreiheit. Der irische Independent, ein weiteres Flagschiff republikanischer Meinungsfreiheit, berichtet konsterniert über das polizeiliche Verbot des Singens irischer Lieder in Gälisch auf einer pro-palästinensischen Demonstration in Berlin, weil sie ja antisemitischen Inhalt haben könnten. Selbst hierzulande fragt sogar die – bekanntlich überaus israelfreundliche – „Welt“, ob „es als normal gelten [sollte], dass es inzwischen zum Usus zu werden scheint, Einreiseverbote gegen Personen zu verhängen, weil man ihre Meinungsäußerungen (!) fürchtet?“[5]

Der chilling effect dieser neuen Verbotssicherheitspolitik ist allenthalben zu spüren. Studierende und Wissenschaftler laufen mit der Schere im Kopf über Universitätscampusse; Medienschaffende überlegen sehr genau, was sie wie schreiben sollen und/oder dürfen; Anwälte lehnen vorsorglich Mandate und/oder Beratung bei (pro-)palästinensischen Veranstaltungen „wegen der Ereignisse in Berlin“ ab. Ist das der liberale Rechtsstaat, als der sich Deutschland zum 75-jährigen Jubiläum des Grundgesetzes präsentieren will?

Ich danke zahlreichen Kolleginnen und Kollegen für Anmerkungen und weiterführende Hinweise.

[5] Anne Schneider schreibt weiter (auf den Reichelt-Beschluss bezugnehmend): „Auch vor den Gedanken und Worten des ehemaligen griechischen Finanzministers Yanis Varoufakis fürchtet man sich offensichtlich so sehr, dass … auch ihm die Einreise untersagt wurde. So sollte antisemitische und israelfeindliche Propaganda bei der Veranstaltung verhindert werden … Man muss gar nichts von den Äußerungen, Einstellungen oder Meinungen Sellners oder Varoufakis halten. Aber es muss in einer liberalen Demokratie möglich sein, dass sie sie – bis zur Grenze des Strafrechts – äußern dürfen. Wer die Meinungsfreiheit nicht mehr verteidigt, wenn es „die Richtigen” trifft, hat deren Funktionsweise ganz offensichtlich nicht verstanden. “

Noah Zimmermann

Studierendenproteste im Versammlungsrecht

doi: 10.59704/736b0cac56efcb13

Auch in Deutschland nehmen Studierendenproteste gegen den Gaza-Krieg zu. Wie in den Vereinigten Staaten errichten Studierende dabei häufig Protestcamps, um auf ihr Anliegen aufmerksam zu machen. In einigen Städten wurden entsprechende Protestcamps rasch geräumt, in anderen Städten reagierten die Behörden dagegen zunächst mit Auflagen. Während Proteste, die den Hochschulbetrieb schwerwiegend stören, beschränkt und notfalls auch verboten bzw. aufgelöst werden dürfen, sind Proteste unterhalb dieser Schwelle in den meisten Fällen grundsätzlich vom Versammlungsrecht gedeckt. Ob dabei aber Protestcamps eingerichtet werden dürfen, ist eine Einzelfallfrage. Hingegen sind die Hochschulen in der Regel nicht befugt, eigenmächtig gegen als Versammlung zu qualifizierende Protestformen vorzugehen.

Sind Studierendenproteste eine Versammlung?

Studierendenproteste sind im Regelfall als Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG zu qualifizieren und unterliegen damit auch dem Schutz des jeweils anwendbaren Versammlungsgesetzes (VersG). Nur in Sonderfällen kann bereits die Versammlungseigenschaft fehlen. Nach der Rechtsprechung ist es für die Qualifikation als Versammlung notwendig, dass der überwiegende Zweck der Zusammenkunft die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung ist. Solange nicht das bloße Bewohnen der Fläche als Zweck in den Vordergrund tritt, ist dies auch bei solchen Protesten grundsätzlich der Fall, bei denen Camps errichtet werden. Auch die Besetzung eines Hörsaals oder eines ganzen Hochschulgebäudes, die auf die Erzwingung eines bestimmten Verhaltens der Hochschule abzielt, wird man nach der Rechtsprechung wohl regelmäßig noch als Versammlung zu bewerten haben. Denn das BVerwG hat sich jüngst auf den Standpunkt gestellt, dass selbst handgreifliche Verhinderungsblockaden solange als Versammlung einzustufen sind, wie das kommunikative Anliegen nicht nur einen „bloßen Vorwand“ darstellt.

Wer ist für Maßnahmen gegen Studierendenproteste zuständig?

Für Maßnahmen nach dem jeweiligen VersG ist die durch Landesrecht bestimmte Versammlungsbehörde bzw. ggf. der Polizeivollzugsdienst zuständig. Allerdings stellt sich die Frage, ob öffentlich-rechtlich organisierte Hochschulen bei Protesten auf dem Hochschulgelände daneben auch selbst auf Basis des Hausrechts gegen Studierendenproteste vorgehen können. Maßnahmen auf Grundlage des privatrechtlichen Hausrechts sind aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zu den Studierenden sowie des verfolgten Ziels der Abwehr von Störungen des Hochschulbetriebs nicht möglich. Hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Hausrechts ist es dagegen überzeugend, eine Sperrwirkung durch das jeweilige VersG anzunehmen. Denn nach den hergebrachten Grundsätzen des Versammlungsrechts entfaltet das jeweilige VersG hinsichtlich versammlungsspezifischer Gefahren grundsätzlich eine Sperrwirkung gegenüber anderen Ermächtigungsgrundlagen (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts). Die Gefahren bzw. Störungen der öffentlichen Sicherheit, mit denen Hochschulen in Bezug auf Studierendenproteste konfrontiert werden, sind regelmäßig versammlungsspezifischer Natur. Bei etwaigen Äußerungsdelikten steht dies außer Frage. Aber auch eine Störung des Hochschulbetriebs ist versammlungsspezifisch. Denn Versammlungen neigen in besonderem Maße dazu, Dritte etwa physisch oder aber auch durch Lärm zu stören und heben sich insofern von anderen Zusammenkünften ab.

Insoweit manche VersG der Länder die Reichweite der Sperrwirkung mittlerweile ausdrücklich regeln (s. § 10 VersFG BE, § 10 HVersFG, § 9 VersG NRW und § 9 VersFG SH), ergibt sich aus diesen Bestimmungen nichts anderes. Sie schränken die Sperrwirkung nur zugunsten von polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen ein. Außerdem erlauben sie ohnehin nur Maßnahmen gegen Einzelpersonen, nicht aber gegen eine Versammlung insgesamt.

Von einer Sperrwirkung gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Hausrecht geht offenbar auch die Goethe-Universität Frankfurt aus, die in einer Stellungnahme des Präsidenten in Bezug auf etwaige Maßnahmen gegen Proteste ausdrücklich auf ihre eigene Unzuständigkeit verweist. Etwas unklarer drückt sich hingegen die FU Berlin aus, wobei sie sich der Problematik aber wohl bewusst zu sein scheint. Die Universität teilte in ihren offiziellen Informationen zu den Protesten mit, dass die Universität eine „von der Polizei genehmigte Kundgebung unter freiem Himmel […] auf ihrem eigenen Gelände dulden" müsse, „wenn dieses Gelände öffentlich zugänglich ist". Außerdem wird betont, dass „Veranstaltungen in geschlossenen Räumen […] *hingegen* (Herv. d. Verf.) dem Hausrecht" unterlägen.

Die Möglichkeit von Hochschulen, gegen Protestaktionen auf Basis des Hausrechts vorzugehen, beschränkt sich vor diesem Hintergrund deshalb auf Ausnahmesituation, in denen die Sperrwirkung des VersG nicht eingreift. Dies schließt jedenfalls den bereits dargelegten, aber unwahrscheinlichen Ausnahmefall ein, dass es sich bei einer Protestaktion nicht um eine Versammlung handelt. Daneben könnte hierunter aber auch der wohl von der FU Berlin angedeutete Fall gefasst werden, dass der Protest an einem Ort stattfinden soll, an dem der allgemeine öffentliche Verkehr nicht eröffnet ist. Insoweit liegt es nahe, jedenfalls einen Hörsaal als einen solchen Ort einzustufen. Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Inanspruchnahme solcher Orte nicht vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst. Dementsprechend dürfte aus der jüngst erfolgten Kehrtwende des BVerwG zugunsten einer engeren Kopplung der Sperrwirkung des VersG an die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 GG zu folgern sein, dass zumindest auf Basis dieser (bereits hier und hier kritisierten) Auffassung keine Sperrwirkung bei Orten besteht, die nicht für den allgemeinen öffentlichen Verkehr eröffnet sind.

Ist das Einrichten von Protestcamps zulässig?

Stark umstritten ist bereits seit einigen Jahren, ob und unter welchen Voraussetzungen zur Durchführung einer Dauerversammlung Protestcamps dem Schutz der Versammlungsfreiheit unterfallen und damit erlaubnisfrei errichtet werden dürfen. Allerdings schaffte ein Grundsatzurteil des BVerwG aus dem Jahre 2022 dann für die Praxis zumindest teilweise Klarheit. Diesem grundsätzlich überzeugenden Urteil zufolge können Protestcamps eine zulässige Protestform sein. Wie bereits erwähnt, liegt aber dann ausnahmsweise bereits keine Versammlung mehr vor, wenn etwa der Zweck des Bewohnens des ausgewählten Ortes den Zweck der Meinungskundgabe im Hinblick auf die gesamte Protestaktion überwiegt.

Daneben besteht nach allgemeiner Auffassung aber das weitere Erfordernis, dass es einen Bezug des Camps zur Meinungskundgabe geben muss. In seinem Grundsatzurteil konkretisierte das BVerwG dieses Erfordernis dahingehend, dass infrastrukturelle Einrichtungen entweder einen inhaltlichen Bezug zur konkreten Meinungskundgabe aufweisen oder die Einrichtungen jedenfalls logistisch erforderlich sein müssen. Ob der daneben noch in der Entscheidung für notwendig befundene „qualifizierte räumliche Zusammenhang" eine eigenständige Bedeutung hat oder den vorgenannten Anforderungen bereits inhärent ist, sei hier dahingestellt.

Ab wann genau ein Protestcamp einen inhaltlichen Bezug aufweist oder logistisch erforderlich ist, wird in der gerichtlichen Praxis unterschiedlich beurteilt. Das BVerwG musste sich in seiner Entscheidung hierzu nicht im Detail festlegen. Denn das Protestcamp wurde in dem Fall in einer ländlichen Region eingerichtet, weshalb kaum alternative Übernachtungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten. Bei Studierendenprotesten kann hingegen gerade die Frage der logistischen Erforderlichkeit virulent werden, da sich Hochschulen meistens in mittelgroßen bis großen Städten befinden. Ferner kommt hinzu, dass der Großteil der Studierenden ohnehin in zumutbarer Entfernung zur Hochschule einen Wohnsitz haben wird. Logistische Erforderlichkeit in Bezug auf Übernachtungsmöglichkeiten wird deshalb bei Studierendenprotesten regelmäßig abzulehnen sein.

Umso wichtiger ist die Frage, ob in diesen Fällen dann aber jedenfalls ein inhaltlicher Bezug der Infrastruktur zur Meinungskundgabe zu bejahen ist. Die grundsätzliche Anerkennung dieser anderen Form des Bezugs ist aufgrund der grundrechtlich geschützten Ausgestaltungsfreiheit hinsichtlich der Versammlung zwingend, bereitet aber praktische Probleme. Denn es dürfte nahezu immer möglich sein, zumindest einen mittelbaren Bezug infrastruktureller Einrichtungen zur konkret angestrebten Meinungskundgabe zu konstruieren. Beispielsweise könnte bei einem auf den Gaza-Krieg bezogenen Protest argumentiert werden, dass man deshalb lediglich in Zelten übernachten wolle, um Solidarität zur schlechten humanitären Situation von durch den Krieg Betroffe-

nen zu zeigen. Auch wenn derartiges Vorbringen durchaus glaubhaft sein kann, wird häufig aber zugleich eine logistische Motivation hinter der Errichtung von Infrastruktur stehen. Eine systematisch überzeugende Lösung dieses Konkretisierungsproblems dürfte in folgender Abgrenzung bestehen (so bereits *Friedrich*, DÖV 2019, 55, 59; *Fischer*, NVwZ 2022, 353, 358): Wird der Zweck der Meinungskundgabe durch die Infrastruktur selbst von einem anderen Zweck überwogen, ist die Infrastruktur nicht von der Versammlungsfreiheit geschützt. Dieser andere Zweck kann etwa darin liegen, (logistisch nicht erforderliche) organisatorische Abläufe zu erleichtern. Überwiegt der andere Zweck nicht, wird die Infrastruktur von Art. 8 GG erfasst.

Dabei überzeugt die Haltung des Hamburgischen OVG in seiner Entscheidung zum G20-Protestcamp, Angaben der Veranstaltenden zu etwaigen inhaltlichen Bezügen der Infrastruktur zur Meinungskundgabe dahingehend kritisch zu überprüfen, ob dieser Zweck mit der Infrastruktur tatsächlich verfolgt wird und ob er im Vergleich mit anderen Zwecken hinreichend gewichtig ist. Ohne die jeweils unerlässliche umfassende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls vorwegnehmen zu können, ist aber jedenfalls zu vermuten, dass in einer erheblichen Zahl von Fällen ein geltend gemachter inhaltlicher Bezug entweder nicht besteht oder von anderen Zwecken überwogen wird. Im Rahmen von Studierendenprotesten dürften derartige infrastrukturelle Einrichtungen dann nicht mehr ohne Erlaubnis errichtet werden.

Können den Hochschulbetrieb störende Proteste unterbunden werden?

Greift die Sperrwirkung des Versammlungsrechts, müssen ferner die Voraussetzungen für ein Versammlungsverbot bzw. eine Versammlungsauflösung im Sinne des jeweiligen VersG vorliegen, um die Proteste unterbinden zu können. Im Hinblick auf Studierendenproteste kommen insbesondere Maßnahmen aufgrund von etwaigen Störungen des Hochschulbetriebs in Betracht. Derartige Störungen sind vor allem über die Schutzgüter der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG sowie den Schutz der Einrichtungen und Veranstaltungen von Hoheitsträgern als Störung der öffentlichen Sicherheit zu bewerten. Ob zusätzlich Straftaten wie etwa Hausfriedensbruch oder Äußerungsdelikte vorliegen, ist einzelfallabhängig. Aber auch in Abwesenheit von Straftaten ist der Erlass von Auflagen und notfalls auch ein Verbot bzw. eine Auflösung solcher Versammlungen grundsätzlich verhältnismäßig, wenn diese den Hochschulbetrieb schwerwiegend stören. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Versammlung physische Behinderungen auslöst, die dazu führen, dass Lehrveranstaltungen nicht mehr stattfinden können. Bloßer Lärm kann hingegen bis zu einem gewissen Grad hinzunehmen sein. Wird zusätzlich damit argumentiert, dass auch Straftaten begangen werden, ist ferner zu beachten, dass ein Verbot bzw. eine Auflösung im Grundsatz nur dann verhältnismäßig ist, wenn die Versammlung ihrem *Gesamtbild* nach die öffentliche Sicherheit stört und die Störungen damit nicht nur von Einzelpersonen ausgehen. Denn andernfalls ist der Ausschluss jener Personen von der Versammlung ein ebenso wirksames, aber zugleich milderes Mittel.

Fazit

Studierendenproteste können auch in Bereichen des Hochschulgeländes stattfinden, die dem allgemeinen öffentlichen Verkehr zugänglich gemacht sind. Bei schwerwiegenden Störungen des Hochschulbetriebs überwiegen jedoch die entgegenstehenden Rechtsgüter, weshalb Auflagen und notfalls ein Verbot bzw. eine Auflösung solcher Versammlungen möglich sind. Auch dürfte zumindest in einigen Fällen das Errichten von Protestcamps nicht geschützt sein, womit diese dann untersagt werden können. Allerdings sollten die Hochschulen den Erlass etwaiger Maßnahmen gänzlich den Versammlungsbehörden bzw. dem Polizeivollzugsdienst überlassen, da die Hochschulen regelmäßig unzuständig und daneben ohnehin zur Durchsetzung von Maßnahmen auf den Polizeivollzugsdienst angewiesen sind. Falls die zuständigen Behörden aus Sicht einer Hochschule unzureichende Maßnahmen treffen, bleibt dieser aber unbenommen, ihr Begehren auf Einschreiten der Behörden auch auf dem Rechtsweg zu verfolgen.

Thorsten Koch

Verfassungsfeindlicher Protest und Versammlungsrecht

doi: 10.59704/31dac6873abe4dcd

Politische Äußerungen in Versammlungen sind gegenwärtig Gegenstand intensiver öffentlicher Diskussionen. Insbesondere Positionen und Parolen, die auf eine Verneinung des Existenzrechts des Staates Israel gerichtet sind, werden zum Anlass für administrative Interventionen durch „Auflagen" (sc. Beschränkungen) in Bezug auf Inhalt und Äußerungen im Rahmen von Versammlungen oder gar deren Auflösung genommen. Auch wenn viele Äußerungen, die gegenwärtig auf Versammlungen fallen, politisch ohne Zweifel zu missbilligen sind, gerät der Grundsatz, dass der Inhalt einer Versammlung und im Rahmen einer Versammlung erfolgte Meinungsbekundungen grundsätzlich „staatsfrei" zu bleiben haben und nur bei Überschreitung äußerster Grenzen reglementiert werden können, zusehends in Gefahr. Der aktuelle Umgang mit Versammlungen gibt daher völlig unabhängig von einer inhaltlichen Würdigung Anlass zu kritischen Anmerkungen.

Was die Meinungsfreiheit schützt

Vor etwas mehr als drei Jahren haben die Innenverwaltungen mehrerer Bundesländer im Kontext rechtsgerichteter Demonstrationen das Zeigen sog. „Reichskriegsflaggen" (ohne NS-Symbolik) im Erlasswege (siehe z.B. hier) dahingehend geregelt, dass das Verwenden dieser Flaggen unterbunden und die jeweilige Flagge sichergestellt werden könne. Der Erlass stützte sich dabei auf die öffentliche Ordnung als Grenze auch der Versammlungsfreiheit. Die Innenverwaltungen sahen in dem Zeigen der Flaggen mithin einen Verstoß gegen ungeschriebene Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes Zusammenleben angesehen wird – so die gängige Definition der „öffentlichen Ordnung" (dazu ausführl. Koch, Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen, 2023, § 4 Rn. 33 ff, 42 ff.).

Diesen Verboten sind die Verwaltungsgerichte mit dem schlichten Hinweis entgegengetreten, dass der Inhalt einer Versammlung und damit in diesem Kontext geäußerte Meinungen einer Bewertung durch den Staat als Grundlage versammlungsbezogener Maßnahmen entzogen sind. Insbesondere könne die Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung stehen, weil eine Anwendung dieses Maßstabs auf die Beschränkungsmöglichkeiten der Meinungsfreiheit es rechtfertigen würde, geäußerte Meinungsinhalte an den herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen zu messen. Die Meinungsfreiheit als auf die Teilhabe am politischen Willensbildungsprozess gerichtetes Grundrecht schütze aber gerade auch diejenigen, die nicht die herrschenden Auffassungen teilen, selbst wenn die geäußerten Auffassungen sich gegen elementare Werte der Verfassung richten (vgl. OVG Bremen, Beschluss v. 16.10.2020 – 1 B 323/20, Rn. 8, unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 2001, 2069; s. ferner Nds. OVG, B. v. 13.11.2020 – 11 ME 293/20, Rn. 37).

Damit angesprochen und bestätigt wird ein Grundsatz, den schon das Preußische Oberverwaltungsgericht ebenfalls mit Blick auf das Mitführen von Fahnen in Versammlungen vor gut einhundert Jahren – im Januar 1923 – formuliert hat: Es könne „grundsätzlich in der Mitführung von Fahnen … in einem Aufzug eine unzulässige Maßnahme auch dann nicht gefunden werden, wenn damit eine politische Gesinnung bekundet wird, die nicht auf dem Boden der verfassungsmäßigen Staatsform steht" (PrOVGE 78, 261 (265)).

Unter dem Grundgesetz können in einer Versammlung geäußerte Meinungen erst recht kein Gegenstand versammlungsbezogener Maßnahmen sein. Da es sich bei der Meinungsfreiheit um „ein Recht auch zum Schutz von Minderheiten handelt" (BVerfGE 111, 147 [156]; BVerfG NVwZ 2008, 671 [673]) und der Staat sich einer Bewertung von Meinungen als Grundlage versammlungsbezogener Maßnahmen grundsätzlich zu enthalten hat, sind Einschränkungen der Meinungsfreiheit sowie auf den Inhalt von Versammlungen bezogene Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dies soeben nochmals bestätigt:

> „Eine Bewertung des Inhalts des mit einer Veranstaltung verfolgten kommunikativen Anliegens bzw. der Eignung oder Sinnhaftigkeit einer Veranstaltung sowie der in ihrem Rahmen geplanten Aktionen und Ausdrucksformen im Hinblick auf den jeweils bezweckten Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung steht den grundrechtsgebundenen staatlichen Stellen nicht zu“ (Urt. v. 27.03.2024 – B 6 C 1/22, Rn. 41, unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. Oktober 2001 – 1 BvR1190/90 u. a. = BVerfGE 104, 92 (109 ff.), sowie Kammerbeschluss vom 21. September 2020 – 1 BvR 2152/20 = NVwZ 2020, 1505 Rn. 17).

Administrative Interventionen gegen Versammlungen sind danach erst möglich, wenn gegen Strafgesetze verstoßen wird, weil etwa Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen verwendet werden (§ 86a StGB) oder der Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) erfüllt ist. Denn: Bei Versammlungen handelt es sich um einen „Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung“ (BVerfGE 69, 315 [343] – „Brokdorf“). Sie können ihren Zweck nicht erfüllen, wenn ihre Zulässigkeit davon abhängig gemacht wird, ob eine wie auch immer definierte Mehrheit es für vertretbar hält, die jeweiligen Positionen und Inhalte zu äußern.

Auch Äußerungen von Amtsträger:innen mit Bezug zu Versammlungen stoßen daher an verfassungsrechtliche Grenzen, denn der Staat ist gerade mit Blick auf Versammlungen und die dabei verfolgten Ziele gehalten, im Interesse der Offenheit kommunikativer Prozesse im Grundsatz „inhaltsneutral“ zu bleiben (BVerfGE 104, 92 [110]). Zwar sind auch Amtsträger:innen befugt, sich am politischen Diskurs zu beteiligen, was (sachliche) Kritik an dem mit einer Versammlung jeweils verfolgten Anliegen einschließt. Im Übrigen muss sich der Prozess politischer Meinungsbildung aber frei, offen, unreglementiert und grundsätzlich losgelöst von staatlicher Beeinflussung vollziehen können (BVerwG, NVwZ 2018, 433 [435 in Rn. 28]). Amtsträger:innen ist daher jedenfalls verwehrt, Vertreter:innen anderer Meinungen auszugrenzen oder zu diskreditieren, solange deren Positionen die durch die Strafgesetze gezogenen rechtlichen Grenzen nicht überschreiten (BVerwG a.a.O., Rn. 29). Auch hierin kommt zum Ausdruck, dass in einer Versammlung geäußerte Auffassungen vorbehaltlich eines Verstoßes gegen (verfassungsgemäßes) Strafrecht keinen Anlass für versammlungsbezogene Maßnahmen geben können, selbst wenn geäußerte Meinungen herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen widersprechen (vgl. BVerfG NVwZ 2008, 671 [673]; s. ferner BVerfGE 111, 147 [155 f.]; 124, 300 [334]).

Fragwürdige Inhalte begründen keine Interventionsbefugnis

Vor diesem Hintergrund irritieren Maßnahmen, mit denen in letzter Zeit versucht wurde, bei Versammlungen auf deren Inhalt oder die Art und Weise der Bekundung von Meinungen einzuwirken. Beispielhaft genannt sei das in Hamburg erlassene Verbot, im Rahmen einer Demonstration die Einführung eines „Kalifats“ zu fordern. An der Verfassungswidrigkeit dieser Zielsetzung besteht zwar kein Zweifel. Es dürfte daher auch möglich sein, eine auf dieses Ziel gerichtete Bewegung nach Maßgabe des Vereinsgesetzes zu verbieten. Solange das nicht der Fall ist, bleibt die Forderung nach einer anderen Staats- und Gesellschaftsordnung im Rahmen einer Versammlung aber möglich und zulässig. Da zudem nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, dass durch die in Rede stehende Parole („Das Kalifat ist die Lösung“) strafrechtliche Grenzen überschritten werden, irritiert die Selbstverständlichkeit, mit der Verwaltungsbehörden in Hamburg eine solche Beschränkung ins Werk gesetzt haben.

Ebenfalls auf Bedenken stoßen Statements, mit denen Amts- und Mandatsträger:innen auf einen offenen Brief reagiert haben, mit dem Kritik am Vorgehen gegen eine propalästinensische Demonstration auf dem Gelände einer Berliner Universität geübt wurde. Man muss diese Kritik, die sich unter mehreren Aspekten ebenfalls kritisieren lässt, nicht teilen. So lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass es sich bei einem Campus-Gelände um ein „öffentliches Forum“ (dazu BVerfGE 128, 226 [253 f.]) handelt, auf dem beliebige Versammlungen oder gar längerdauernde „Protestcamps“ ermöglicht oder zumindest geduldet werden müssten. Ebenso wenig sind Sachbeschädigungen oder volksverhetzende Parolen hinzunehmen. Dass die Bundesministerin für Bildung und Forschung sich angesichts von Kritik am Umgang mit den

Demonstrierenden mit Blick auch auf das von diesen verfolgte Anliegen „fassungslos“ zeigt, muss gleichwohl verwundern: Die inhaltliche Ausrichtung der Versammlung begründet für sich genommen keine Interventionsbefugnis.

Auf Einhaltung der genannten Grundsätze ist zu insistieren, auch wenn dies zum Anlass genommen wird, Kritiker:innen des polizeilichen Handelns als nicht auf dem „Boden des Grundgesetzes“ stehend (Stark-Watzinger a.a.O.) zu adressieren. Dabei geht es nicht darum, sich vor fragwürdige und offensichtlich abwegige Meinungen zu stellen. Vielmehr ist denen entgegenzutreten, die das Recht in Abrede stellen, fragwürdige und offensichtlich abwegige Meinungen zu vertreten. Denn das allein ist im Sinne des Grundgesetzes.

Milad Schubart

Polizeifestigkeit nur noch mit Grundrechtsschutz?

Verteidigung einer robusten Sperrwirkung des Versammlungsrechts

doi: 10.59704/5fcae2d8744f96b9

Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht mit kürzlich veröffentlichtem Urteil (Az. 6 B 1.22) entschieden, dass die „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts ausschließlich aus Art. 8 Abs. 1 GG abzuleiten sei. Daher könne die Behörde gegen eine unfriedliche Versammlung auf Grundlage des allgemeinen Polizeirechts einschreiten, ohne die Versammlung vorher förmlich nach § 15 Abs. 3 VersG aufzulösen. Diese Rechtsprechungsänderung ist abzulehnen, denn auch bei ganz oder teilweise unfriedlichen Versammlungen ist eine förmliche Auflösung der Versammlung wichtig: Sie schafft Klarheit und Rechtssicherheit für die Teilnehmenden, dass eine Versammlung beendet ist und weitere behördliche Maßnahmen folgen können. Die Warnfunktion, die von einer Versammlungsauflösung nach § 15 Abs. 3 VersG ausgeht, beschränkt sich nicht auf friedliche Demonstrationen. Die Entscheidung ist außerdem abzulehnen, weil sie im Versammlungsrecht zu einer Zwei-Klassen-Gesellschaft führt: Für Versammlungen von Nicht-EU-Staatsangehörigen würde die „Polizeifestigkeit“, denkt man die Argumentation der Entscheidung konsequent weiter, nicht mehr gelten. Darüber hinaus sprechen auch rechtspraktische und rechtshistorische Gründe gegen die im Folgenden näher erläuterte Rechtsprechungsänderung.

Seit langem ist die auch als „Polizeifestigkeit“ bezeichnete Sperrwirkung des Versammlungsrechts Kernbestandteil der deutschen Versammlungsrechtsdogmatik. Diese schließt die Anwendung des allgemeinen Polizeirechts, also insbesondere der Landespolizeigesetze, gegenüber Versammlungen aus. Anzuwenden ist vielmehr allein das Versammlungsgesetz. Die Frage, ob eine grundrechtlich nicht geschützte Versammlung ohne förmliche Auflösungsverfügung auf Grundlage allgemeinen Polizeirechts „aufgelöst“ werden kann, fertigte das Bundesverwaltungsgericht bislang mit den Worten ab, dass dies „ohne weiteres zu verneinen“ sei (Beschl. v. 14.01.1987 – 1 B 219.86). Es überrascht daher, dass der 6. Senat nun einen neuen (und nicht überzeugenden) Weg einschlägt.

Die neue Entscheidung und ihre Gründe

Zu entscheiden war über die Räumung einer Blockadeversammlung, die sich gegen den AfD-Parteitag 2016 in Stuttgart richtete. Der Kläger war – ohne vorherige Auflösungsverfügung – ebenso wie zahlreiche weitere Personen von der Polizei abgeführt und in eine Gefangenensammelstelle verbracht worden. Gerichtlich wollte er die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen festgestellt wissen. Das VG Sigmaringen hatte seiner Klage vollumfänglich stattgegeben. Der VGH Mannheim entschied in der Berufungsinstanz im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des BVerwG, dass die „Polizeifestigkeit“ auch gegenüber nicht grundrechtlich geschützten Versammlungen greift, wies die Klage aber aus anderen, hier nicht relevanten Gründen teilweise ab. Auf die Revision des Klägers hin brach der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts nun mit seiner früheren Rechtsprechung, auch wenn die Revision, wiederum aus anderen Gründen, teils Erfolg hatte.

Zur Begründung bezieht sich der Senat ohne eigene Argumentation lediglich auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen Karlsruhe die Sperrwirkung auf das Grundrecht aus Art. 8 GG zurückgeführt hatte (Rn. 35-37). Hieraus zieht es den Umkehrschluss, außerhalb des Schutzbereiches von Art. 8 Abs. 1 GG bestünde keine Sperrwirkung, verkennt dabei aber bereits den auf spezifisches Verfassungsrecht begrenzten Prüfmaßstab des BVerfG („keine Superrevisionsinstanz“; s. etwa BVerfGE 18, 85 [92]). Dass das BVerfG die „Polizeifestigkeit“ – mit guten Gründen – in Art. 8 Abs. 1 GG garantiert sieht, schließt nicht aus, sie zusätzlich auf einfachrechtliche Füße zu stellen.

Namentlich wird die Sperrwirkung zumeist über Spezialitätserwägungen begründet: Ist das Versammlungs-

gesetz anwendbar, geht es anderen Gesetzen als spezielleres vor und sperrt damit deren Anwendung. Zwar ist der früher häufig herangezogenen *kompetenziellen* Sperrwirkung mit der Föderalismusreform ihre Grundlage entzogen worden, denn jedenfalls, soweit der Landesgesetzgeber von seiner neuen Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, besteht kein kompetenzieller Rangunterschied zwischen Versammlungs- und allgemeinem Polizeirecht mehr.[1] Der *allgemeine* Spezialitätsgrundsatz ist hiervon aber nicht betroffen. Soweit die Abwehr bestimmter Gefahren versammlungsrechtlich abschließend geregelt ist, sind diese Regelungen „lex specialis" und sperren die Anwendung jedenfalls des allgemeinen Polizeirechts.[2] Hierzu zählt auch die Gefahrenabwehr bei unfriedlichen und bewaffneten Versammlungen. Auch diese sind Versammlungen im Sinne des Versammlungsgesetzes. Der Begriff „Versammlung" meint im Versammlungsgesetz das gleiche wie in Art. 8 Abs. 1 GG, und zwar eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Erörterung oder Kundgebung in Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.[3] Art. 8 Abs. 1 GG sondert Versammlungen, die von Nichtdeutschen, unfriedlich oder bewaffnet durchgeführt werden, aus seinem Schutzbereich aus, was aber nichts daran ändert, dass es sich auch bei ihnen begrifflich um Versammlungen handelt. Bezugspunkt des Versammlungsgesetzes ist *jede* Versammlung, nicht nur die von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte (vgl. zu dieser Abgrenzung Lux, in: Peters/Janz, HdB-VersammlungsR, Kap. D Rn. 23). Die einfachgesetzliche Versammlungsfreiheit stellt § 1 VersG nicht unter einen Friedlichkeitsvorbehalt. Für bewaffnete Versammlungen bestehen sogar spezielle Vorschriften, die den Regelungsanspruch des VersG belegen (§§ 2 Abs. 3, 27 Abs. 1 VersG). Handlungen, die die Unfriedlichkeit einer Versammlung begründen, stellen zugleich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG dar, die zu einer Auflösung nach § 15 Abs. 3 VersG berechtigen (ausf. Barczak, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersG, § 15 Rn. 351 ff.). Auch daraus ergibt sich, dass das Versammlungsgesetz auf unfriedliche Versammlungen Anwendung findet.

Neuere Landesgesetze sehen teils einen einfachgesetzlichen Friedlichkeitsvorbehalt für das subjektive Recht zum Sich-Versammeln vor (etwa § 1 Abs. 1 Hess. VersFG). Allerdings ergibt sich daraus für die Sperrwirkung nichts anderes. Hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs besteht schon kein Gleichlauf zu Art. 8 Abs. 1 GG („alle Deutschen" statt „jede Person" in der hessischen Vorschrift). Im Übrigen sieht das hessische Gesetz keine Beschränkung seiner Anwendbarkeit auf friedliche und unbewaffnete Versammlungen vor. Beispielsweise wäre es absurd, wenn etwa das Vermummungsverbot ausgerechnet für unfriedliche Versammlungen nicht gelten würde.

Auch beruft sich der Senat zu Unrecht darauf, das BVerwG sei bereits seit 2007 von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie abgerückt (Rn. 34). In den dort genannten Entscheidungen war jeweils ausschlaggebend, dass das VersG die Abwehr von Gefahren, die in bestimmten Sonderfällen bestehen, gar nicht regelt (etwa in BVerwGE 129, 142) bzw. das VersG keine Regelungen für die Vollstreckung von Verfügungen vorsieht, die auf versammlungsrechtlicher Grundlage ergangenen sind (BVerwG, Beschl. v. 03.05.2019 – 6 B 149.18). In der Sache findet sich in den genannten Entscheidungen lediglich die wenig überraschende Feststellung, dass das VersG außerhalb seines Anwendungsbereiches keine Sperrwirkung entfalten kann. Mit der Frage der dogmatischen Verortung der „Polizeifestigkeit" hat das nichts zu tun.

Einfachgesetzliche Sperrwirkung historisch etabliert

Dabei ist die Sperrwirkung des Versammlungsrechts wesentlich älter als Grundgesetz und Versammlungsgesetz des Bundes: Bereits § 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Reichsvereinsgesetz (von 1908, in Kraft bis 1953) sahen eine (eingeschränkte) Sperrwirkung des Versammlungsrechts vor, namentlich wurde das allgemeine Polizeirecht der Länder unterhalb einer bestimmten Gefahrenschwel-

[1] Jedenfalls gilt dies für Länder, die über ein Landesversammlungsgesetz verfügen, s. Wittmann, in Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersG, § 15 Rn. 21; nach VG Gießen, Urt. v. 28.01.2022 – 4 K 2484/21.GI – BeckRS 2022, 3823, Rn. 71 ff. soll dies auch für Länder mit Fortgeltung des Versammlungsgesetzes des Bundes gelten (hier sind im Hinblick auf Art. 31 GG allerdings Zweifel angebracht; auch übergeht die Entscheidung den allgemeinen Spezialitätsgrundsatz).

[2] Viel spricht dafür, die Sperrwirkung auch auf außerpolizeirechtliche Befugnisnormen zu erstrecken (zum öffentlichen Baurecht etwa OVG Magdeburg, Beschl. v. 02.07.2021 – 2 M 78/21 [Rn. 44]; aA OVG Bautzen, Beschl. v. 08.11.2022 – 5 B 195/22 [Rn. 42]).

[3] Dieser „enge" Versammlungsbegriff ist nicht unumstritten (krit. etwa Hartmann, in: BK-GG, Art. 8 Rn. 165 ff.), für die Praxis aber allein maßgebend.

le für unanwendbar erklärt (näher Wittmann, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, VersG, § 15 Rn. 16 mwN auch aus der Weimarer Zeit). Die einfachgesetzliche Sperrwirkung des Versammlungsrechts war damit bereits bei Erlass des Versammlungsgesetzes 1953 etabliert. Der Gesetzgeber des VersG hat sie vorausgesetzt und nicht beerdigen wollen.

Warnfunktion der Versammlungsauflösung

Auch teleologisch spricht alles für ein Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Der materielle Zweck der Regelung über die Versammlungsauflösung (§ 15 Abs. 3 VersG) besteht darin, Klarheit für Teilnehmende einer Versammlung zu schaffen, dass die Versammlung nun beendet ist und weitere behördliche Maßnahmen folgen können. Die hierin liegende Warnfunktion erübrigt sich nicht bei unfriedlichen Versammlungen. Zumal längst nicht immer evident ist, wo die Grenze zur Unfriedlichkeit verläuft. Dem trägt der Senat teilweise Rechnung, indem er bei Versammlungen, die erst in ihrem Verlauf unfriedlich werden, unter Verweis auf eine Ausstrahlungswirkung des Grundrechtsschutzes zugunsten der weiterhin friedlich Teilnehmenden eine Auflösung doch als nötig erachtet (Rn. 66).

Derartige Unsicherheiten bestehen aber auch bei einer Versammlung, die von Anfang an unfriedlich sein mag. Auch hier ist für Teilnehmende und Behörde häufig nicht eindeutig erkennbar, ob die schwierig zu bestimmende Grenze zur Unfriedlichkeit im Einzelfall überschritten ist. Denn nicht jeder Rechtsverstoß – nicht einmal jede Straftat – führt zur Unfriedlichkeit, sondern erst Gewalttätigkeiten, die ein gewisses Maß überschreiten und von der Gesamtversammlung gebilligt werden (s. hierzu BVerfGE 69, 315 [361] – Brokdorf; eindrücklich für Sitzblockadenfälle BVerfGE 104, 92 [106]). Ein Beispiel dafür liefert bereits der Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde lag: Nach den Schilderungen des Senats (Rn. 3) zündeten Teilnehmende der Versammlung Pyrotechnik und bauten mit Baustellenmaterial Barrikaden. Zudem wurde eine „Rauchbombe“ in Richtung der Polizeikräfte geworfen. Bis auf den Rauchbombenwurf, der nach den Maßstäben der Brokdorf-Entscheidung allerdings nicht der Gesamtversammlung zugerechnet werden kann, da es bei einer vereinzelten Aktion blieb, handelt es sich nicht um Gewalt gegen Personen. Beim Zünden von Pyrotechnik ist mangels näherer Spezifizierung (vgl. die Kategorien des § 3a SprengG) schon nicht klar, ob dieses Handeln rechtswidrig war. Was bleibt, sind Sachbeschädigungen und möglicherweise Nötigungen von Verkehrsteilnehmenden. Bei dieser Sachlage ist das Bestehen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne des § 15 Abs. 1 VersG recht naheliegend. Es erscheint auch vertretbar, die Versammlung als unfriedlich einzustufen, mit Blick auf die strengen Maßstäbe der Brokdorf-Entscheidung ist dieser Schluss aber keineswegs zwingend.

In derartigen Fällen bietet eine Auflösungsverfügung Rechtssicherheit für Teilnehmende und Behörde gleichermaßen. Die Auflösung stellt klar, dass kein Recht mehr besteht, die Versammlung fortzusetzen, auch nicht für individuell friedlich Teilnehmende. Hierbei handelt es sich mitnichten um eine Förmelei. Unter politischen Aktivist*innen ist durchaus bekannt, dass das Versammlungsrecht über eine besondere Stellung verfügt und polizeiliches Einschreiten besonderen Rechtfertigungsanforderungen unterliegt. Auch, wenn über Umfang bzw. Reichweite dieses „Sonderrechts“ für Versammlungen häufig Fehlvorstellungen bestehen, verdeutlicht dies die Notwendigkeit, nicht zuletzt zur besseren Akzeptanz polizeilicher Maßnahmen deutlich zu machen, dass jedenfalls die Ausgangsmaßnahme spezifisch versammlungsrechtlicher Natur ist.

Unabsehbare Auswirkungen

Man könnte die in diesem Beitrag geäußerte Kritik womöglich unter Verweis darauf, dass unfriedliche Versammlungen nicht schutzwürdig seien, beiseiteschieben. Die Konsequenzen einer einseitigen Verortung der „Polizeifestigkeit“ in Art. 8 Abs. 1 GG zeigen sich aber auch an ganz anderer Stelle: Auf Basis der vom BVerwG gewählten Herangehensweise wäre es dogmatisch kaum begründbar, einer Behörde zu verwehren, etwa auf Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel gegen eine völlig friedliche Versammlung, an der ausschließlich Nicht-EU-Staatsangehörige teilnehmen, einzuschreiten, denn der persönliche Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ist für sie nicht eröffnet. Praktisch würde das diese Personengruppe in die unangenehme Lage bringen, einerseits Versammlungssonderrecht (etwa Verbot von Vermummung und sogenannten „Schutzwaffen“) beachten zu müssen, aber nicht im Gegenzug den Schutz besonders hoher Eingriffsschwellen des Versammlungsrechts zu genießen. Eine derartige Zwei-Klassen-Gesellschaft im Versammlungsrecht wäre mit dem subjektiven Recht aus § 1

Abs. 1 VersG nicht in Einklang zu bringen, denn es differenziert nicht nach Staatsangehörigkeiten.

Die Entscheidung des BVerwG ist vor diesem Hintergrund nicht nur rechtsdogmatisch abzulehnen, sie führt auch zu ungerechten Ergebnissen. Sie höhlt aufgrund ihrer Herangehensweise die Sperrwirkung des Versammlungsrechts auch abseits unfriedlicher und bewaffneter Versammlungen aus. Gerade die oft hektische Situation der behördlichen Beendigung einer Versammlung braucht Klarheit und Rechtssicherheit. Hier sind alle Beteiligten mit einer förmlichen Auflösungsverfügung besser bedient.

Benjamin Rusteberg

Unfriedlichkeit statt Verhinderungsblockade

Wie das Bundesverwaltungsgericht den Teufel mit dem Beelzebub austreibt (Besprechung BVerwG Urteil vom 27. März 2024 – 6 C 1.22)

doi: 10.59704/9b78f785fdde3b03

Die Polizeifestigkeit der Versammlung, also die Sperrwirkung der Versammlungsgesetze gegenüber dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, gehörte bislang zu den Grundpfeilern des deutschen Versammlungsrechts. Danach muss die zuständige Behörde eine Versammlung zunächst auflösen, bevor sie weitergehende Maßnahmen ergreifen darf. Diese schlichte Schrittfolge bereitet den handelnden Behörden in der Praxis dennoch oftmals erstaunliche Schwierigkeiten: Fälle, in denen Maßnahmen allein deshalb rechtswidrig sind, weil es an der vorherigen Auflösung einer Versammlung gefehlt hat, sind mit einiger Regelmäßigkeit in der Rechtsprechung zu finden.

Dieses Problem steht auch im Zentrum der Entscheidung des BVerwG vom 27. März 2024, deren schriftliche Begründung nunmehr vorliegt. Diese war mit Spannung erwartet worden, da der VGH Baden-Württemberg in der Vorinstanz das Fehlen einer Auflösung dadurch legitimiert hatte, dass er einer Protestaktion als „Verhinderungsblockade“ schlicht die Versammlungseigenschaft abgesprochen hatte. Das BVerwG erteilte dieser Vorgehensweise zwar eine deutliche Absage, zog daraus jedoch nicht die Konsequenz, die Entscheidung des VGH aufzuheben. Kaum minder problematisch (vgl. auch hier) begründete das BVerwG die Entbehrlichkeit der Aufhebung stattdessen damit, dass die Versammlung von Anfang an unfriedlich gewesen sei.

Protest gegen den AfD-Parteitag 2016

Der spätere Kläger hatte an einer Protestaktion gegen den Bundesparteitag der AfD im Frühjahr 2016 auf dem Gelände der Landesmesse Stuttgart teilgenommen. Nach den gerichtlichen Feststellungen hatte eine Gruppe von mehreren hundert, teilweise vermummten und „fast ausschließlich schwarz oder mit weißen Einmalanzügen bekleideten Personen“ am frühen Morgen des 30. April 2016 einen Kreisverkehr im Osten der Messe besetzt. Mitglieder dieser Gruppe blockierten die Ausfahrten des Kreisverkehrs mit Barrikaden aus Baustellenmaterial und zündeten Pyrotechnik. Bei Eintreffen der Polizei verließ die Gruppe den Kreisverkehr und bewegte sich über die angrenzende Flughafenstraße auf das Messegelände zu. Den sich nähernden Einsatzkräften der Polizei warfen sie „eine Rauchbombe entgegen“. Die Polizei kesselte die Gruppe – in der sich auch der Kläger befand – ein. Es folgten Lautsprecherdurchsagen der Polizei „an alle Teilnehmer, die den friedlichen Verlauf der Versammlung stören“. Sie genössen wegen ihrer Vermummung und der Errichtung von Barrikaden nicht mehr den Schutz des Versammlungsrechts. Sie befänden sich in polizeilichem Gewahrsam und würden in Kürze polizeilich bearbeitet (BVerwG aaO, Rn. 3 f.).

Im weiteren Verlauf wurde der Kläger in einem Bus – stehend und mit auf den Rücken gefesselten Händen – zu der ca. 600 Meter entfernten, als Gefangenensammelstelle dienenden Messehalle verbracht. Gegen Mittag wurde er einer Identitätsfeststellung und erkennungsdienstlichen Behandlung unterzogen, anlässlich der ihm auch die Fesseln abgenommen wurden. Sodann wurde er in einer Einzelzelle in einem Gefangenenbus eingeschlossen. Gegen Abend wurde ihm ein Platzverweis für das Messegelände erteilt. Erst ungefähr zwei weitere Stunden später wurde der Kläger dann zu dem ca. 16 Kilometer entfernten Bahnhof Esslingen verbracht, wo er schließlich gegen 19.50 Uhr aus dem polizeilichen Gewahrsam entlassen wurde. Während des gesamten Gewahrsams wurde dem Kläger kein Toilettengang ermöglicht und ihm auch kein Trinkwasser zugänglich gemacht. Eine richterliche Entscheidung über den Gewahrsam des Klägers wurde nicht herbeigeführt (BVerwG aaO, Rn. 5).

Fortgesetzte Feststellungen

Rund 14 Monate nach diesen Ereignissen beantragte der Kläger sinngemäß, die Rechtswidrigkeit der gegen ihn ergriffenen Maßnahmen festzustellen. Das in der ersten Instanz mit der Sache befasste VG Sigmaringen gab allen Anträgen statt. Zwar sprach es der Blockadeaktion den Schutz der Versammlungsfreiheit ab, da diese unfriedlich gewesen sei und es sich um eine sog. „Verhinderungsblockade" gehandelt habe, die nicht dem Versammlungsbegriff unterfalle. Dennoch habe das Bundesversammlungsgesetz – dieses gilt nach Art. 125a I GG fort, da Baden-Württemberg nach wie vor kein eigenes Versammlungsgesetz erlassen hat – eine Sperrwirkung entfaltet, so dass die polizeilichen Maßnahmen erst nach vorheriger Auflösungsverfügung hätten ergehen dürfen. Eine solche sei jedoch nicht erfolgt (VG Sigmaringen, Urteil v. 13. Februar 2019, 1 K 4335/17, unveröffentlicht, S. 23 ff.; BVerwG aaO, Rn. 6 ff.).

Auf Berufung des beklagten Landes wies der VGH Baden-Württemberg die Klage weitgehend ab. Lediglich die Nichtermöglichung eines Toilettengangs und das Vorenthalten von Trinkwasser hielt auch der VGH für rechtswidrig. Anders als das VG Sigmaringen, war der VGH der Ansicht, dass vom Versammlungsgesetz keine Sperrwirkung ausgegangen sei, da es sich gar nicht um eine Versammlung, sondern nur um eine sogenannte „Verhinderungsblockade" gehandelt habe (VGH BW aaO, Rn. 44 ff.; BVerwG aaO, Rn. 9 ff.).

Die sogenannte Verhinderungsblockade

Die vom VGH bemühte Figur der Verhinderungsblockade geht zurück auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2001. Ihr gedanklicher Ausgangspunkt ist der vom BVerfG zu Grunde gelegte enge Versammlungsbegriff, nach dem Art. 8 GG die Freiheit der Versammlung gerade als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung schützt, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist. In einen Gegensatz zu dieser Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung stellte das BVerfG die zwangsweise oder anderweitig selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen. Diese dürften jedenfalls nicht im Vordergrund von Blockadeaktionen stehen.

Eine gewisse Prominenz erlangte die „Verhinderungsblockade" vor allem im Zusammenhang mit Stuttgart 21, als die Behörden mehrfach versuchten, unter Berufung auf diese Figur den Protesten den Schutz der Versammlungsfreiheit abzusprechen. In der Aufarbeitung für einen Untersuchungsausschuss des baden-württembergischen Landtags wandten Ralf Poscher und ich uns gegen derartige Versuche.[1] Daran anknüpfend war ich allgemein zu dem Schluss gekommen, dass die „Verhinderungsblockade" als Kategorie zwar nicht rundheraus abzulehnen, ihr aber allenfalls ein schmaler Anwendungsbereich zuzubilligen ist.[2] Denn die Figur ist gerade nicht Ausdruck des Friedlichkeitsvorbehalts des Art. 8 I GG, sondern des vom BVerfG vertretenen Versammlungsbegriffs, so dass es auf das Ausmaß der Blockade als solche nicht ankommt. Die Figur kann vielmehr nur solche Fälle erfassen, die *ausschließlich* die selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen und nicht *zumindest auch* die Beteiligung an öffentlicher Meinungsbildung bezwecken.

Der VGH drehte dieses Verhältnis im vorliegenden Fall geradezu um: Bei einer Blockade bedürfe es „substantierter Anhaltspunkte dafür [...], dass der Kommunikationszweck im Vordergrund stehe". Dies sei allenfalls anzunehmen, wenn die Blockade „nur kurzfristig symbolischen Protest" ausdrücke, „bei dem die Behinderung Dritter bloße Nebenfolge" sei, nicht aber, wenn es darum gehe, „die Rechte Dritter gezielt zu beeinträchtigen oder das, was – wie etwa eine andere Versammlung – politisch missbilligt wird, tatsächlich zu stören oder zu verhindern". Nicht ausreichend sei, „dass die Veranstaltungsteilnehmer ihre Meinung lediglich bei Gelegenheit der Blockade kundtäten" (VGH aaO, Rn. 52).

Der VGH bestimmte die „Verhinderungsblockade" also gerade nicht, wie es den Ausführungen des BVerfG entsprochen hätte, ausschließlich anhand des kommunikativen Zwecks der Versammlung, sondern vermischte diese Frage mit der Intensität der Blockadeaktionen. Die „Verhinderungsblockade" wurde somit zu einer Art Friedlichkeitsgebot „light", bei der es keiner aktiven Gewalttätigkeiten mehr bedarf, sondern schon die bloß passive Blockade ausreicht. Zu begrüßen ist, dass das BVerwG diesem Vorgehen des VGH, das in der Rechtsprechung der Instanzgerichte bereits Nachahmer gefunden hat, ei-

[1] Diese ist als Anlage 10 abgedruckt in LT-BW, Drs. 14/7500.

[2] Rusteberg, Die Verhinderungsblockade, NJW 2011, 2999 ff.

ne deutliche Absage erteilt hat. Der VGH habe die Kriterien des BVerfG in mehrfacher Weise überdehnt:

Das Vorgehen des VGH erfordere in hohem Maße eine Bewertung der von den Veranstaltungsteilnehmern verfolgten Zwecke, obgleich der Versammlungsbegriff gebiete, dies zu unterlassen und im Zweifel den Versammlungscharakter anzunehmen. Der vom VGH aufgestellten Forderung, Meinungskundgaben müssten im Vordergrund stehen und es dürfe zu ihnen nicht nur bei Gelegenheit der Blockade kommen, fehle in der Rechtsprechung des BVerfG die Grundlage. Der Versammlungscharakter einer Blockadeaktion, die nicht offensichtlich allein dem Nahziel diene, eine konkrete, vor Ort erfüllbare Forderung durchzusetzen, sondern in deren Verlauf auch weitere kommunikative Ziele verfolgt würden, könne vielmehr nur dann verneint werden, wenn das kommunikative Anliegen und der Einsatz entsprechender Kommunikationsmittel in handgreiflicher Weise einen bloßen Vorwand darstellten. Zudem habe der VGH in seiner Definition einer Verhinderungsblockade die bloße *Störung* einer anderen Versammlung deren vollständiger *Verhinderung* gleichgestellt (BVerwG aaO, Rn. 49 ff.).

Unfriedlichkeit einer Versammlung

Leider belässt es das BVerwG nicht bei diesen Ausführungen, sondern unternimmt auf Grundlage des § 144 IV VwGO einen eigenen Anlauf, zu begründen, weshalb es keiner vorherigen Auflösung der Protestaktion bedurft habe: Es bewertet die Versammlung als unfriedlich und erklärt, für unfriedliche Versammlungen gelte von vornherein nicht die Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes. Lediglich in Hinblick auf die Fesselung des Klägers während seiner Zeit in der Gefangenensammelstelle sowie die Fortsetzung des Gewahrsams nach Erteilung des Platzverweises am späten Nachmittag verwies das BVerwG die Sache zurück, da es – in deutlichen Worten – eine mangelnde Sachverhaltsaufklärung durch den VGH bemängelte (BVerwG aaO, Rn. 68 ff.).

Nicht zu kritisieren ist es zunächst, wenn das BVerwG die Unfriedlichkeit einer Versammlung mit dem BVerfG dahingehend definiert, dass die Friedlichkeit auf der gleichen Stufe wie das ebenfalls in Art. 8 I GG genannte „Mitführen von Waffen“ verstanden werden müsse. Es bedürfe deshalb „Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten“, nicht schon ausreichend sei, „wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen“. Zudem müsse die Versammlung im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nehmen. Begingen nur einzelne Versammlungsteilnehmer oder eine Minderheit unter ihnen im Verlauf einer Versammlung Ausschreitungen, bleibe der Schutz der Versammlung mit Blick auf die friedlichen Teilnehmer erhalten (BVerwG aaO, Rn. 57).

Für ein solcherart gewalttätiges Verhalten der Anti-AfD-Demo gibt der von VGH und BVerwG wiedergegebene Sachverhalt freilich eher wenig her. Weder die dort genannte Vermummung noch die lediglich passiv wirkende Blockade des Kreisverkehrs sind – unabhängig von einer etwaigen strafrechtlichen Bewertung als Gewalt – geeignet, die Unfriedlichkeit einer Versammlung zu begründen. Für eine Unfriedlichkeit könnte der ebenfalls genannte Einsatz von Pyrotechnik sprechen, allerdings bleiben die weiteren Details dieses Einsatzes gänzlich unklar. Lediglich bzgl. einer Rauchbombe ist die Rede davon, diese sei den Polizeikräften „entgegengeworfen“ worden, was freilich viel Raum zur Interpretation offenlässt. Das VG führt zusätzlich aus, es seien „zahlreiche weitere Rauchbomben gezündet sowie mit pyrotechnischer Munition in die Luft geschossen“ worden, was ebenfalls nicht für ein gewalttätiges Vorgehen spricht. Eine Einordnung der Pyrotechnik als Waffe nimmt das BVerwG nicht vor.

Die Unergiebigkeit des Sachverhalts in diesen Punkten hat das BVerwG vielleicht ebenso gesehen, denn es bedient sich zusätzlich eines zweiten Begründungsstranges: Das BVerwG rechnet den blockierenden Personen weitere Teile eines Gesamtgeschehens zu. Bemerkenswert ist dies, weil dieses Geschehen zum Zeitpunkt der polizeilichen Maßnahmen noch gar nicht stattgefunden hatte, sondern lediglich als polizeiliche Prognose existierte. Laut den von der Polizei im Vorfeld gewonnenen Erkenntnissen seien „850 bis 1000 gewaltbereite Personen aus dem linksautonomen Spektrum zu erwarten“ gewesen, die darauf ausgingen, „Zufahrtswege zur Messe als dem Veranstaltungsort des AfD-Bundesparteitags zu blockieren, Infrastruktur an der Messe zu zerstören und durch das Inbrandsetzen von Kraftfahrzeugen und Ladengeschäften ähnlich schwere Ausschreitungen zu begehen, wie sie im Jahr 2015 anlässlich der Eröffnung der Europäischen Zentralbank in Frankfurt am Main stattgefunden hatten“. Die Aktionen im Kreisverkehr seien ihrerseits in „erkennbar planmäßiger Umsetzung dieser im

Vorfeld ermittelten Intentionen“ erfolgt (BVerwG aaO, Rn. 58). Das BVerwG ließ dies für die „Unfriedlichkeit der Versammlung“ ausreichen, die nicht voraussetze, „dass es schon zu Gewalttätigkeiten in dem genannten Sinne gekommen ist“. Es reiche vielmehr aus, wenn diese nach einer auf belastbare Feststellungen gestützten Prognose unmittelbar bevorstehe. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG sei dies die „ganz herrschende Ansicht“ (BVerwG aaO, Rn. 57).

Die Schwierigkeit von Vorhersagen…

Nun ist es mit der „herrschenden Ansicht“ als Argument immer so eine Sache. Die vom BVerwG hierzu angeführten Fundstellen beschränken sich letztlich nur darauf, die einschlägigen Ausführungen des BVerfG in der Brokdorf-Entscheidung (Rn. 92) wiederzugeben und ihrerseits zu ergänzen, dass aufgrund der schwerwiegenden grundrechtlichen Konsequenzen Zurückhaltung bei der Annahme von Gewalttätigkeit zu üben sei. Hiervon abgesehen heißt es beim BVerfG an entsprechender Stelle nun aber tatsächlich: „Die Anordnung eines Versammlungsverbotes wirft verfassungsrechtlich auch bei Großdemonstrationen keine besonderen Probleme auf, wenn die Prognose mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, daß der Veranstalter und sein Anhang Gewalttätigkeiten beabsichtigen oder ein solches Verhalten anderer zumindest billigen werden. Eine derartige Demonstration wird als unfriedlich von der Gewährleistung des Art. 8 GG überhaupt nicht erfaßt; ihre Auflösung und ihr Verbot können daher dieses Grundrecht nicht verletzen.“

Überzeugend erscheinen diese Ausführungen des BVerfG freilich nicht. Denn bei einer Prognose handelt es sich notwendig um ein Wahrscheinlichkeitsurteil, also um eine Angabe darüber, wie hoch der subjektive Grad der Überzeugung der maßgeblichen Stelle ist, dass ein bestimmtes Ereignis eintreten wird. Dies schließt aber notwendig immer auch die Möglichkeit ein, dass dieses Ereignis *nicht*eintritt. Eine Maßnahme, die sich lediglich auf die Prognose der Unfriedlichkeit stützt, muss sich folglich auch immer in Hinblick darauf rechtfertigen lassen, dass weiterhin die Möglichkeit besteht, dass die Versammlung am Ende gar keinen unfriedlichen Verlauf nimmt. Dies spricht dagegen, den grundrechtlichen Schutz hier vollständig entfallen zu lassen. Schließlich muss es einen Unterschied machen, ob sich jemand *tatsächlich* auf eine bestimmte Art und Weise verhält oder ihm ein solches Verhalten lediglich von Dritter Seite für die Zukunft als *möglich* unterstellt wird.

Das Ende der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts?

Hiervon unabhängig hat das BVerwG aber noch eine weitere Hürde zu überwinden, um das Vorgehen der Polizei trotz fehlender Auflösung rechtfertigen zu können. Denn aus dem Fehlen verfassungsrechtlichen Schutzes folgt keineswegs automatisch, dass auch die Sperrwirkung des Versammlungsrechts entfällt. So hatte denn auch der VGH noch explizit argumentiert, der Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes umfasse auch unfriedliche Versammlungen. Systematisch regele das Versammlungsgesetz gerade auch Eingriffsbefugnisse gegenüber unfriedlichen Versammlungen und übertrage bis zur Auflösung die Verantwortung für die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen und behördlichen Auflagen bewusst der Versammlung selbst (VGH, aaO, Rn. 48).

Diese Ausführungen des VGH übergeht das BVerwG vollständig. Auch die Literatur, die hier weitgehend der Auffassung des VGH folgt, lässt das BVerwG an dieser Stelle vollkommen unberücksichtigt. Vollständig ignorieren konnte es das Problem jedoch auch nicht, hatte es doch in einer früheren Entscheidung, auf die der VGH auch verweist, noch explizit die gleiche Auffassung vertreten.

Erst vor diesem Hintergrund lassen sich auch die Ausführungen des BVerwG eingangs der Entscheidungsgründe verstehen (BVerwG aaO, Rn. 33 f.). Bereits seit dem Jahr 2007, so der Senat, habe das Gericht mit dieser Rechtsprechung gebrochen, als es mehrfach betont habe, die Sperrwirkung des Versammlungsgesetzes bedeute nicht, dass in die Versammlungsfreiheit ausschließlich auf der Grundlage des Versammlungsgesetzes eingegriffen werden könne. Das Versammlungsgesetz „enthalte keine abschließende Regelung für die Abwehr aller Gefahren, die im Zusammenhang mit Versammlungen auftreten“ könnten. Das Versammlungswesen sei „im Versammlungsgesetz nicht umfassend und vollständig, sondern nur teilweise und lückenhaft geregelt, so dass in Ermangelung einer speziellen Regelung auf das der allgemeinen Gefahrenabwehr dienende jeweilige Landespolizeirecht zurückgegriffen werden müsse“. Zwar habe man diesen auf den Grundsatz des Vorrangs des speziellen Gesetzes bezogenen Ansatz bisher nur für Maßnahmen im Vorfeld von Versammlungen und für die Verhütung von Gefahren, die allein aus der Ansammlung einer Vielzahl von Menschen an einem dafür ungeeigneten Ort

entstehen sowie für die Vollstreckung von auf versammlungsrechtlicher Grundlage erlassenen Verfügungen angewandt, prinzipiell sei der Ansatz aber nicht auf diese Konstellationen begrenzt.

Das BVerwG suggeriert insoweit eine Kontinuität seiner Rechtsprechung, die keine ist. Denn die angeführten Ausnahmen verbindet, dass das Versammlungsgesetz keine Regelungen für sie bereithält: Aus diesem Grund ist die Unanwendbarkeit des Versammlungsgesetzes im Versammlungsvorfeld seit langem anerkannt. Entsprechendes gilt für die Vollstreckung von auf versammlungsrechtlicher Grundlage erlassenen Verfügungen wie in dem vom BVerwG zitierten Fall, der eine Besonderheit des niedersächsischen Versammlungsgesetzes betrifft, das derartige Maßnahmen enthält, ohne zugleich ihre Vollstreckung zu regeln. Bei der Verhütung von Gefahren, die allein aus der Ansammlung einer Vielzahl von Menschen an einem dafür ungeeigneten Ort entstehen, ging es schließlich um eine Versammlung in einem geschlossenen Raum, für die § 13 I VersG als entsprechende Ermächtigung zur Versammlungsauflösung im Gegensatz zu § 15 III VersG bekanntlich gerade keinen generalklauselartigen Charakter hat. Demgegenüber lassen sich Maßnahmen gegen unfriedliche Versammlungen unter freiem Himmel stets auf § 15 VersG stützen..

Entbehrlichkeit der Auflösungsverfügung?

Vor diesem Hintergrund hätte es eines ganz neuen Ansatzes bedurft, um zu begründen, weshalb das Versammlungsgesetz im hiesigen Fall unangewendet bleiben und der Durchgriff auf das allgemeine Polizeirecht eröffnet sein sollte. Die weiteren Ausführungen des BVerwG verursachen hingegen eher Ratlosigkeit. Denn in diesen äußert sich das BVerwG vor allem zur fehlenden verfassungsrechtlichen Gebotenheit einer Auflösungsverfügung bei unfriedlichen Versammlungen (BVerwG, aaO, Rn. 64 f.), die angesichts der expliziten Herausnahme dieser Versammlungen aus dem Schutzbereich des Art. 8 I GG ohnehin kaum bestritten werden dürfte.

Bezogen auf das Versammlungsgesetz scheinen Wortlaut und Gesetzessystematik für das BVerwG hingegen irrelevant. Zur einfachrechtlichen Rechtslage äußert sich das Gericht nur insofern, dass eine Auflösungsverfügung zwar aus Gründen der Rechtssicherheit in Fällen geboten sein könne, „in denen eine anfänglich friedliche Versammlung in ihrem weiteren Verlauf objektiv einen unfriedlichen Charakter bekommt“. Dies gelte aber nicht „in Bezug auf eine unfriedliche Versammlung, die von ihrem Beginn an und dann durchgehend bis zum Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens einen unfriedlichen Charakter hat“. Werde – wie im vorliegenden Fall – „eine Versammlung von Anfang an und sodann unverändert durch kollektive und aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten geprägt, könne das keinem Versammlungsteilnehmer – auch nicht einem solchen, der sich als Einzelner an diesen Ausschreitungen oder Gewalttätigkeiten nicht beteiligt – verborgen bleiben“ (BVerwG aaO, Rn. 66).

In Bezug auf den von ihm zu entscheiden Fall ignoriert das BVerwG zudem, dass die Versammlung nach dem zugrunde gelegten Sachverhalt kaum „von Anfang an und sodann unverändert durch kollektive und aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten geprägt“ gewesen war. Derartige Entwicklungen waren zum Zeitpunkt der polizeilichen Maßnahmen ja im Wesentlichen erst prognostiziert worden. Wie aber ein einzelner Versammlungsteilnehmer die Absichten der übrigen Teilnehmer hinsichtlich ihres künftigen Verhaltens soll erahnen können, bleibt unbeantwortet.

Darüber hinaus leidet die Rechtssicherheit notwendig auch in Fällen, in denen es auch nach Auffassung des BVerwG weiterhin einer Auflösungsverfügung bedürfen soll. Denn in diesen Fällen werden sich die Versammlungsteilnehmer nicht darauf verlassen können, dass es zunächst zwingend einer Auflösung der Versammlung bedarf, bevor an weitergehende Maßnahmen, insbesondere die Anwendung massiver Gewalt, gedacht werden kann. Ob *die Polizei* eine Versammlung als „von Anfang an gewalttätig“ oder als „gewalttätig geworden“ einstuft, werden Teilnehmende kaum zuverlässig beurteilen können, insbesondere wenn bloße polizeiinterne Prognosen die Beurteilungsgrundlage bilden sollten.

Stärkung des Rechtsschutzes für Versammlungen

Die Entscheidung des BVerwG verärgert. Nicht einmal in erster Linie wegen der mangelhaften Begründung als solcher. Ärgerlich ist vor allem, dass das Gericht derartige Abwege gänzlich ohne Not beschreitet. Nichts hätte dagegengesprochen, den Fall schlicht so zu entscheiden, wie es das VG Sigmaringen vorgemacht hatte: Eine Versammlung ist aufzulösen, bevor weitere Maßnahmen ergriffen werden können; hieran hat es gefehlt, also waren die Folgemaßnahmen rechtswidrig.

Angesichts der defizitären Begründung und dem – wenn auch verschleierten – Bruch mit der eigenen Rechtsprechung drängt sich der Eindruck auf, das BVerwG habe in erster Linie vom Ergebnis her gedacht. Ist es aber tatsächlich zu viel verlangt, dass die Polizei eine Durchsage macht, bevor sie Personen über Stunden in Gewahrsam nimmt oder gar zu Pfefferspray und Gummiknüppel greift? Im vorliegenden Fall hatte es ja auch durchaus Durchsagen der Polizei gegeben, nur eben nicht die erforderliche Auflösung der Versammlung. So verstärkt die Entscheidung den Eindruck, im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts werde in den höheren Instanzen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Zweifel für die Behörde entschieden und die entscheidenden Gerichte machten sich eher die behördliche Aufgabe der Wahrung von Sicherheit und Ordnung zu eigen, als sich als Kontrolleure behördlichen Handelns zu verstehen.[3]

Dabei steht gerade das Versammlungsrecht vor der Herausforderung, dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in seiner aktuellen Form immer weniger geeignet zu sein scheint, dem Recht auf Versammlungsfreiheit zur Durchsetzung zu verhelfen.

Präventive Kontrollen werden verhindert, wie im Falle des Vorgehens der Berliner Polizei gegen den sog. Palästina-Kongress, indem Verfügungen möglichst kurzfristig und im Zweifel erst vor Ort bekannt gegeben werden. Oder sie werden umgangen, wie im Vorfeld des G20-Gipfels in Hamburg, als die Behörden in Reaktion auf das Obsiegen der Kläger im einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO schlicht die alte Verfügung zurücknahmen und eine neue gleichen Inhalts erließen.

Aber auch die nachlaufende Kontrolle mittels (Fortsetzungs-)Feststellungsklage scheint nur sehr eingeschränkt in der Lage, eine Steuerung der behördlichen Praxis zu bewirken. Dies gilt nicht zuletzt für die bei Versammlungen regelmäßig zu beobachtende unverhältnismäßige Polizeigewalt, inklusive der das Folterverbot verletzenden „Schmerzgriffe“. Prozessual beschränkt sich die Wirkung ohnehin auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des behördlichen Handelns. Damit diese eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung zu entfalten in der Lage wäre, bedürfte es zumindest einer klaren Maßstabsbildung in den Entscheidungsgründen. Diese fehlt jedenfalls dann, wenn die Gerichte stattdessen auf die Umstände des Einzelfalls verweisen, wie es der VGH etwa kürzlich in einer weiteren Entscheidung getan hat, in der es ebenfalls um die Verweigerung des Toilettengangs während eines Gewahrsams ging. Weitergehende Ansprüche des Betroffenen, insbesondere auf Schmerzensgeld, sind auch im Falle einer festgestellten Rechtswidrigkeit höchst ungewiss. Konsequenzen für die handelnden Personen sind in der Regel nicht ersichtlich, obwohl sich etwa bei den seitens des VGH festgestellten Menschenwürdeverletzungen durch die Vorenthaltung von Toilettengang und Trinkwasser durchaus an eine strafbare Nötigung denken ließe.

De lege lata sind nur wenige Stellschrauben ersichtlich, an denen gedreht werden könnte. Am erfolgsversprechenden könnte kurzfristig noch eine Ausweitung des präventiven Rechtsschutzes mittels einstweiliger Anordnung nach § 123 I VwGO sein, bei der Antragsteller positiv verlangen können, es der Behörde bereits im Vorhinein zu untersagen, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Dies würde die Verwaltung zumindest hindern, den Rechtsschutz durch ein möglichst langes Abwarten zu erschweren, und sie zwingen, ein gerichtliches Abänderungsverfahren betreiben zu müssen, statt sich einer etwaigen aufschiebenden Wirkung schlicht durch Rücknahme der Verfügung zu entledigen. Jedenfalls im Falle des G20-Gipfels war ein solcher Versuch freilich nicht von Erfolg gekrönt gewesen, weil das VG seinerzeit bereits das Rechtsschutzinteresse verneint hatte.

An Überlegungen, wie das Grundrecht der Versammlungsfreiheit wieder gestärkt werden kann, geht jedenfalls kein Weg vorbei, soll weiterhin der Leitsatz der Brokdorf-Entscheidung gelten: „Das Recht des Bürgers, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Meinungsbildungsprozeß und Willensbildungsprozeß teilzunehmen, gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens.“ Gelingt es dem Rechtstaat nicht, diese Freiheit sicherzustellen, hat die Demokratie also ein Problem. Und zwar kein kleines.

[3] Ausf. dazu in Bezug auf die namensgebenden Maßnahmen meine im Erscheinen begriffene Habilitationsschrift „Rechtstreubezogene Maßnahmen im Polizei- und Ordnungsrecht”.

Felix Oldenburg, Carlotta Musiol

Alte Konservative, Neue Rechte - die AfD vor dem OVG Münster

Nach Tag 5 der mündlichen Verhandlung zur Verdachtsfalleinstufung der AfD

doi: 10.59704/ac796322d72431f6

Als sich Maximilian Krah während der Verhandlung wiederholt räuspern muss, versorgt ihn der vorsitzende Richter mit einem Hustenbonbon. Der Prozess zur Verdachtsfalleinstufung der AfD durch den Verfassungsschutz vor dem OVG Münster hat nun fünf Verhandlungstage hinter sich. Das Gericht hat sich bis jetzt betont freundlich, fast schon zuvorkommend gezeigt. Doch der Blick auf die Maßstäbe, die es in der Verhandlung als entscheidungsrelevant ansieht und auf die weitere Rechtsprechung, lässt bisher nur wenige Zweifel an der Verdachtsfalleinstufung der AfD entstehen.

Staats- und Quellenfreiheit

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) hat dem OVG Münster mehrere tausend Belege für verfassungsfeindliche Tendenzen in der AfD vorgelegt. Dabei handelt es sich überwiegend um Äußerungen von Funktions- und Mandatsträger:innen, sowie Parteiorganen. Zu Beginn der mündlichen Verhandlungen im März zieht die AfD in Zweifel, inwieweit diese Belege verwertbar sind. Sie argumentiert, dass die Staats- und Quellenfreiheit als rechtsstaatliche Gebote auch für die Beobachtung einer Partei Anwendung finden müssen. Es sei nicht erkennbar, wie viele der vom BfV eingebrachten Belege auf V-Leute des Verfassungsschutzes zurückgehen würden.

Das Gebot der Staats- und Quellenfreiheit ist eine Konkretisierung der in Art. 21 I GG normierten Parteienfreiheit im Parteiverbotsverfahren. Weder darf der Staat eine steuernde Wirkung in den Landes- oder Bundesvorständen ausüben, noch dürfen die vorgebrachten Belege in der Gesamtheit durch staatlichen Einfluss geprägt sein. Dass diese Anforderungen auch bei der Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen für die Beobachtung durch den Verfassungsschutz zu beachten sind, erscheint nach der bisherigen Rechtsprechung eher fernliegend. Das Bundesverfassungsgericht hat es für ausreichend befunden, dass menschliche Quellen des Verfassungsschutzes zu Beginn des Verbotsverfahrens abgestellt werden (2 BvB 3/01, Rn. 87).

Doch selbst wenn man die Grundsätze der Staats- und Quellenfreiheit auch für die Beobachtung durch den Verfassungsschutz für anwendbar hält, ist eine staatliche Prägung wie im NPD-Verfahren hier nicht zu erkennen. In der mündlichen Verhandlung erklärte das BfV, dass von den mehreren tausend vorgelegten Belegen für eine verfassungsfeindliche Ausrichtung der AfD nur zwei auf menschliche Quellen des BfV zurückzuführen seien – und davon keine auf Bundes- oder Landesebene.

Die Diskussion um den Volksbegriff

Nach Erkenntnissen des Verfassungsschutzes ist in weiten Teilen der AfD ein ethnisches Volksverständnis vorherrschend, nach dem ein Unterschied zwischen dem deutschen Staatsvolk im Sinne des Grundgesetzes und einem ethnisch definierten deutschen Volk besteht. Diese Differenzierung sei nicht rein deskriptiv, sondern wertmäßig aufgeladen. Das zeigten Forderungen wie die nach der langfristigen Erhaltung des deutschen Volkes in Abgrenzung zum deutschen Staatsvolk (z.B. in der „Erklärung zum deutschen Staatsvolk und der deutschen Identität“). Diese Konstruktion stehe im Widerspruch zum Grundgesetz und würde Personen außerhalb des ethnischen Volksbegriffs abwerten.

Um den Volksbegriff der AfD darzulegen, schickt die Klägerin (noch) Spitzenkandidat für die Europa-Wahl, Maximilian Krah, nach Münster. In der Verhandlung erklärt Krah, dass er strikt zwischen „*ethnos*“ und „*demos*“ unterscheide. Die Begriffe stellen eine ethnische Abstammungsgemeinschaft (*ethnos*) dem Träger der demokratischen Souveränität (*demos*) gegenüber. Krah schwebe ein Südtiroler Modell vor, in dem die deutsche Kultur gefördert und das öffentliche Leben dominieren würde. Dies würde jedoch nichts an der Gleichberechtigung der verschiedenen, in Südtirol lebenden Volkszugehörigkeiten

ändern.

Das Gericht weist hier, wie auch an anderer Stelle, auf die *Republikaner*-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2001 hin. In dem disziplinarrechtlichen Verfahren beurteilte das Bundesverwaltungsgericht auch die Verfassungsfeindlichkeit der Partei „Die Republikaner" anhand von Äußerungen ihrer Funktionäre. Dabei führte es aus:

> „Da nach den zu Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG dargelegten Grundsätzen auch nicht zu beanstanden ist, dass politische Vorstellungen und Positionen im öffentlichen Meinungskampf in populistischer oder dramatisierender, drastischer, plakativ-vereinfachender oder polemischer Weise vorgetragen werden, ist es [der Partei] nicht verwehrt, zum Beispiel einen "Verlust der nationalen Identität" durch "Überfremdung" und die Aushöhlung des "Abstammungsprinzips" zu beklagen (...)."

Angesichts der vielfach verwendeten Schlagwörter wie „großer Austausch", „Umvolkung", „Volkstod" oder „Deutschland den Deutschen" erscheint es fraglich, ob die der AfD zurechenbaren Äußerungen nach diesem Maßstab noch zulässig sind. Dass hier „nur" der Verlust der nationalen Identität beklagt wird, verwechselt eine aggressive völkische Perspektive mit der Sentimentalität des Konservativen in der Moderne. Denn die Begriffe beschreiben nicht einen Verlust, der beklagt, sondern einen Angriff, der bekämpft werden muss. Im Vordergrund steht weniger die Entwicklung selbst als ihr Gesteuert-Sein. Dieses ergibt nur vor dem Hintergrund eines Weltbildes Sinn, in dem sich verschiedene Völker im Überlebenskampf gegenüberstehen.

Eine rein „deskriptive" Unterscheidung zwischen *ethnos* und *demos*, nach der getrennte Völker gleichberechtigt und Hand in Hand durch die Südtiroler Alpen spazieren, kann insoweit nicht mehr angenommen werden. Dies gilt umso mehr, als dass die sozialwissenschaftliche Forschung gezeigt hat, wie sich in der Verwendung des Begriffs der Ethnie im Spektrum der Neuen Rechten biologisch und kulturell bezogene Kriterien vermischen und „Amalgame beider Bereiche [...], in sich geschlossene, scharf voneinander getrennte Lebenseinheiten" bezeichnen sollen.[1] Auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung aber nicht vereinbar (2 BvB 1/13, Rn. 541).

(K)eine Frage der Interpretation

Auch im Rahmen der Ausländer- und islamfeindlichen Äußerungen verweist das Gericht auf die Maßstäbe aus der *Republikaner*-Entscheidung. Neben der generellen Zulässigkeit auch populistischer und dramatisierender Darstellungen (s.o.), gilt insbesondere bei öffentlichem Interesse an einem Thema eine Vermutung für die freie Rede. Die Meinungsfreiheit findet ihre Grenze aber in der Menschenwürde der Betroffenen. Wird diese systematisch durch Anhänger der Partei verletzt, kann aus den Äußerungen „auf die Verfassungsfeindlichkeit der politischen Ziele dieser Partei geschlossen werden." Bei gruppenbezogenen Äußerungen würde es dabei insbesondere darauf ankommen, ob die „herabsetzende Äußerung über ein Kollektiv [...] an ethnische, rassische, körperliche oder geistige Merkmale [anknüpft], aus denen die Minderwertigkeit einer ganzen Personengruppe und damit zugleich jedes einzelnen Angehörigen abgeleitet wird." (BVerwG 2 WD 42/00, Rn. 39 ff.)

Die Klägerinnen verteidigen sich mit dem Argument, dass es in der *Republikaner*-Rechtsprechung um deutlich drastischere Äußerungen gegangen sei als sich in den Belegen des Verfassungsschutzes gegen die AfD finden ließen. Der Vorwurf seitens des Verfassungsschutzes, die AfD würde pauschal Ausländer und Muslime abwerten, sei wiederum zu pauschal. Es müsse für jede einzelne Äußerung eine Auslegung nach Art. 5 I S. 1 GG stattfinden, die alternative Interpretationsmöglichkeiten berücksichtige und gegebenenfalls begründet ausschließe.

Der Verweis auf eine größere Heftigkeit der entscheidungsrelevanten Aussagen in der *Republikaner*-Entscheidung ist allerdings irreführend. Das Bundesverwaltungsgericht stellte durchaus fest, dass einige der untersuchten Aussagen die Menschenwürde insbesondere von Ausländern und Asylbewerbern verletzen würden. Es verneinte die Verfassungsfeindlichkeit der Republikaner aber, weil diese Positionen in der Partei kein hinreichendes Gewicht hatten.

Auch die abstrakte Möglichkeit, die vorgelegten Aussagen auch anders interpretieren zu können, auf die der Prozessbevollmächtigte der AfD mehrfach verweist, ist für die Beurteilung der Verfassungsfeindlichkeit letztlich

[1] Priester, K. (2003). Rassismus: Eine Sozialgeschichte, S. 255.

nicht relevant (vgl. BVerwG 1 C 30/97, Rn. 31). In einem Verfahren über die Verfassungsfeindlichkeit einer kommunalen Wählervereinigung führte das OVG Münster dazu aus: „Ob die in der Antragsbegründung genannten Beiträge auch in einem anderen, der Klägerin günstigeren Sinne interpretiert werden können, ist unerheblich. Maßgeblich ist, dass die genannten Äußerungen bei vernünftiger Betrachtung auch und gerade in dem vom Verwaltungsgericht dargelegten Sinne verstanden werden können und die Gesamtheit der vom Verwaltungsgericht bewerteten Aussagen jedenfalls Anlass für den Verdacht verfassungsfeindlicher Ziele gibt." (OVG Münster, 5 A 4719/05, Rn. 7 f.)

Der in der mündlichen Verhandlung ausführlich diskutierte „Einzelfallticker" ist dafür ein gutes Beispiel. Auf der „Einzelfallticker"-Website stellt die AfD polizeiliche Meldungen über mutmaßliche Straftaten zusammen. Nur einige der Meldungen weisen auf die Staatsangehörigkeit der Tatverdächtigen hin. Weiter unten auf der Website finden sich jedoch ausgewählte statistische Angaben, die den Anteil von Ausländern oder „Zuwanderern" an den Tatverdächtigen nach der gesamten polizeilichen Kriminalitätsstatistik darstellen. Daneben findet sich die Forderung nach einem Stopp der „Blitzeinbürgerung". Zwar mögen die auf der Website gesammelten einzelnen Meldungen abstrakt dahingehend interpretierbar sein, dass sie nur polizeiliche Ermittlungsmeldungen wiedergeben. Bei vernünftiger Betrachtung wird in der Kombination mit den ausgewiesenen Statistiken aber suggeriert, dass es sich auch bei den einzelnen Meldungen um Tatverdächtige handelt, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen oder einen Migrationshintergrund haben. Die Verknüpfung eines allgemeinen Kriminalitätsanstiegs mit Einzelfällen, in denen eine etwaige Migrationsgeschichte des Tatverdächtigen nicht nachgewiesen ist, kann in plausibler Weise als „undifferenzierte, agitatorisch angelegte Zuweisung der Verantwortlichkeit für Missstände an Ausländer und Asylsuchende[,die] den Zweck verfolgt beim Zuhörer Hass (…) hervorzurufen" (BVerwG 2 WD 42/00, Rn. 49) verstanden und deshalb als ein mögliches Indiz für eine verfassungsfeindliche Zielsetzung gewertet werden.

Demokratiefeindliche Äußerungen

Demokratiefeindlichkeit ist die dritte Kategorie von Äußerungen, die der Verfassungsschutz als Material vorlegte. Als entscheidungsrelevanten Maßstab verweist das Gericht hier auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Urteil, nach denen eine Demokratiefeindlichkeit vorliegt, wenn der Parlamentarismus verächtlich gemacht wird, ohne dass zugleich alternative Möglichkeiten aufgezeigt werden, dem Grundsatz der Volkssouveränität Ausdruck zu verleihen (2 BvB 1/13, Rn. 546).

Die Klägerin weist darauf hin, dass Kritik am Staat das Wesen einer Oppositionspartei und Machtkritik der Kern der Meinungsfreiheit sei. Die AfD würde in ihren Aussagen die jeweiligen Ämter nicht infrage stellen, sondern die Ausübung durch die Amtswalter kritisieren.

Die demokratiefeindlichen Äußerungen, auf die sich das BfV in der mündlichen Verhandlung bezieht, stellen überwiegend nicht die demokratische Herrschaftsform an sich infrage, sondern beinhalten eine Kritik an bestehenden demokratischen Institutionen. Werden regierungskritische Äußerungen zum Anlass genommen, um eine nachrichtendienstliche Überwachung einzuleiten, rückt der Verfassungsschutz in die Nähe des Staatsschutzes. Die politische Sensibilität gilt für Oppositionsparteien in besonderer Weise. In der *Republikaner*-Entscheidung führte das Bundesverwaltungsgericht dazu aus: „Soweit es um Angriffe auf staatliche Institutionen geht, gehört die von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte "Machtkritik" zum vorherrschenden Daseinsverständnis der Oppositionsparteien" (BVerwG 2 WD42/00, Rn. 59).

Gleichzeitig ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine bestimmte Form von Kritik langfristig das Vertrauen zersetzen kann, das für das Funktionieren demokratischer Institutionen essenziell ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat Grenzen dort gezogen, wo dem politischen Gegner die Existenzberechtigung abgesprochen (BVerwG 2 WD42/00, Rn. 57) oder unter Verharmlosung des Dritten Reiches in einer ständigen Polemik gegen das „verrottete" oder „volksverräterische" System agitiert wird (BVerwG 2 C 27/78 Rn. 53).

Dass AfD-Funktionäre diese Grenzen etwa durch die zahlreichen Gleichsetzungen mit dem NS-Regime („Ermächtigungsgesetz 2.0") wiederholt überschritten haben, liegt nahe. Die Abgrenzung zwischen verfassungsfeindlicher Delegitimierung des Systems und demokratiekonstitutiver Machtkritik bleibt jedoch juristisch schwer zu fassen und politisch heikel.

Die Frage nach dem „ob“

Umstritten ist in der mündlichen Verhandlung auch, ob das BfV bei der Frage, *ob* (und nicht nur *wie*) es Informationen über eine Bestrebung sammelt, ein Ermessen ausüben muss. Die Prozessbevollmächtigten der AfD begründen dies mit dem Hinweis auf das Wort „darf“ in § 8 I S. 1 BVerfSchG, aus dem sich ein Ermessen der Behörde ergeben müsse. Dieses habe das Bundesamt verkannt. Insofern liege ein Ermessensnichtgebrauch vor. Verschiedene sachwidrige Erwägungen, wie etwa eine politische Einflussnahme, würden außerdem Ermessensfehler begründen.

Der Prozessbevollmächtigte des BfV wendet ein, dass die Behörde lediglich ein Auswahlermessen hinsichtlich der Mittel der Informationsbeschaffung habe, die Entscheidung über das „Ob“ der Informationsbeschaffung aber eine gebundene Entscheidung sei. Dies ergebe sich aus dem Zusammenspiel aus §§ 3 und 8 BVerfSchG und einem Umkehrschluss aus § 6 I BVerfSchG. Sollte auch ein Entschließungsermessen bestehen, würde sich dieses mit dem Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte jedenfalls auf null reduzieren.

Eine explizite Auseinandersetzung mit dieser Frage findet sich in der Rechtsprechung nicht. Nimmt man den Verfassungsschutz als Institution der wehrhaften Demokratie ernst, ist es wohl konsistenter, bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (=tatsächliche Anhaltspunkte) von einer gebundenen Entscheidung auszugehen. Jedenfalls ist es angesichts der gefahrenpräventiven Funktion des Verfassungsschutzes schwer vorstellbar, welche Erwägungen die Behörde dann noch im Rahmen eines Entschließungsermessens anstellen sollte.

Verdachtsfall sagen darf man nicht?

Hinsichtlich der Bekanntgabe der Verdachtsfalleinstufung nach § 16 BVerfSchG signalisiert das Gericht leichte Zweifel, ob die Kommunikation der verfassungsschutzinternen Kategorisierungen (Prüffall – Verdachtsfall – gesichert extremistische Bestrebungen) nach außen bei politischen Parteien verfassungsrechtlich zulässig ist. Gleichzeitig habe der Gesetzgeber diese Kategorisierungen explizit in der Gesetzesbegründung aufgegriffen und § 16 I BVerfSchG auch deshalb neu gefasst, um die Information über eine Verdachtsfalleinstufung zu ermöglichen.

Die AfD argumentiert hier, dass sich die vom BfV verwendeten Kategorien nicht im Gesetz finden lassen. Das BfV werde so zu einem politischen Player.

In der bisherigen Rechtsprechung werden die vom Verfassungsschutz verwendeten Kategorien auch für die Information der Öffentlichkeit für zulässig gehalten. Im *Junge Freiheit* Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht explizit an die Verdachtsfallkategorie angeknüpft. Auch die ausdrückliche Erwähnung der Verdachtsfall-Kategorie in der Gesetzesbegründung ist insofern eindeutig (BT-Drucksache 18/4654). Dass das BfV die interne Kategorisierung auch für die Kommunikation nach außen nutzt, spricht gerade dafür, dass es keine besondere, über die Sachinformation hinausgehende, mediale Wirkung erzielen will.

Am vergangenen Montag hat das Gericht die über vierhundert Beweisanträge der AfD abgelehnt. Wie es in der Verhandlung weitergeht, wird nun maßgeblich von der Reaktion der AfD abhängen. Das Gericht hat jedenfalls betont, dass der AfD auch für die Ablehnung der Anträge rechtliches Gehör zustehe. Ob dafür alle zehn der bis Anfang Juli terminierten Verhandlungstage benötigt werden, erscheint jedoch fraglich. Die Verhandlung wird am 6. und 7. Mai fortgesetzt.

Johannes Forck

Doppelt hält besser

Der Bundesrat als Beschützer des Bundesverfassungsgerichts

doi: 10.59704/3cd394314c314515

Der „Hüter der Verfassung“ muss besser behütet werden – darüber besteht in der aktuellen Debatte weitgehende Einigkeit. Der vorzugswürdige Lösungsweg besteht in einer intensivierten Einbindung des Bundesrats. Die Repräsentation der Länder sorgt für demokratische Legitimation des Gerichts und eignet sich als Ersatzventil für eine Richterwahl, die im Bundestag durch eine Sperrminorität blockiert wurde. Zudem ist die Einführung einer Zustimmungspflicht bei Änderungen am BVerfGG sachgerecht, um die Rechtsgrundlage des Verfassungsgerichts vor einer destruktiven Bundestagsmehrheit zu schützen. Sperrminorität und einfachgesetzliche Attacken auf das höchste Gericht – die intensivierte Beteiligung des Bundesrates bietet einen Ausweg für beide Probleme.

Demokratische Legitimation durch Repräsentation der Länder

Der Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG trifft eine seit 1949 unveränderte Regelung: Die Richter werden „je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt“. Diese strikte Proportionalität lässt sich nicht nur mit der föderalen Tradition in Deutschland begründen, sondern auch konkret mit der Lösung von Kompetenzstreitigkeiten im Bundestaat (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 GG): Mit dem Bund-Länder-Streit wurden in der Frühzeit der Republik wichtige Verfahren geführt. Heute wird von den Landesregierungen aufgrund prozesstaktischer Vorteile[1] überwiegend die abstrakte Normenkontrolle genutzt. Zudem ist der Bundesrat als Repräsentant der Länder im Organstreit beteiligtenfähig. Wenn das Bundesverfassungsgericht verbindlich über die Rechte der Länder entscheidet, müssen diese auch hälftig die Richter ernennen dürfen und gleichsam an der Ausgestaltung der normativen Grundlagen mitwirken können. Die Beteiligung der Länder stärkt die demokratische Legitimation des Gerichts.

Dass personelle Proportionalität in Karlsruhe – der Sitz ist nicht ohne Zufall fernab der Bundeshauptstadt – großgeschrieben wird, zeigt sich etwa dadurch, dass selbst in den Kammern nicht drei Richter zusammensitzen, die von der gleichen Partei vorgeschlagen oder vom gleichen Organ gewählt wurden. Zudem stammen die ersten drei Präsidenten des Gerichts in absteigender Reihenfolge aus den bevölkerungsreichsten Bundesländern (Hermann Höpker Aschoff aus Nordrhein-Westfalen, Josef Wintrich aus Bayern und Gebhard Müller aus Baden-Württemberg). Wie wichtig den Landesvertretern auch heute Repräsentation ist, zeigt sich etwa bei der Ernennung der Richterin Ines Härtel, für die der brandenburgische Ministerpräsident Dietmar Woidke im Bundesrat vor allem wegen ihrer Ostbiografie warb.

Blockade bei der Richterwahl

Bisher haben SPD und CDU/CSU (später unter Beteiligung der kleinen Koalitionspartner FDP und Bündnis 90/Die Grünen) die Richterstellen paritätisch aufgeteilt. Sollten die staatstragenden Parteien künftig ihre Zweidrittelmehrheit in den Wahlorganen verlieren, entsteht eine Sperrminorität. Verlockend wäre es, die lediglich einfachgesetzlich geregelte Zweidrittelmehrheit zur Blockadelösung herabzusetzen – wohlmöglich auch nur kurzzeitig. Einen solchen Präzedenzfall dürfen die staatstragenden Parteien nicht schaffen. Die Zweidrittelmehrheit ist von elementarer Bedeutung, um die Richterbank vor einer einseitigen Besetzung zu schützen und die Beteiligung der Opposition zu gewährleisten. Das Mehrheitserfordernis sollte daher in der Verfassung verankert werden, auch bzw. gerade weil dadurch eine „flexible“ Anpassung verhindert wird. Schließlich gilt es, das Gericht vor einem solchen gesetzgeberischen Angriff auf seine Strukturmerkmale zu schützen.

Zur Blockadelösung sind somit verschiede Möglichkeiten im Gespräch, etwa eine Notkompetenz des Bun-

[1] Kein Fristerfordernis, geringere Formanforderungen, größerer Prüfungsumfang, breitere Rechtswirkung. Zur historischen Entwicklung Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 93 (2017), Rn. 272 ff. (insb. 275).

[2] Graf Kielmansegg/Gschwend, FAZ vom 02.08.2018, S. 7.

despräsidenten,[2] die Beteiligung der aktuellen Richter an einer Selbstergänzung (im Ansatz bereits in § 7a BVerfGG vorgesehen; ähnliche Vorschläge für die Landesebene hier und hier), die eher zufällige Auswahl aus einer abstrakten Kandidatengruppe (namentlich Staatsrechtslehrer oder Bundesrichter) oder ein Eintrittsrecht des jeweils anderen Wahlorgans.

Für die letztgenannte Möglichkeit spricht, dass die demokratische Legitimation bei Bundestag bzw. Bundesrat am höchsten ist und der Wahlvorgang im „politischen Raum" verbleibt; die Lösung also eine vor dem Demokratieprinzip zweifelhafte Kooptation verhindert. Die beibehaltene Wahl durch die Politiker des Bundestags bzw. -rats wird außerdem den notwendigen Respekt gegenüber unbequemen Entscheidungen aus Karlsruhe absichern,[3] weil man selbst für die Ernennung verantwortlich war und die Richter nicht von anderer Stelle ein- bzw. vorgesetzt wurden.[4]

Zudem sind beide Wahlorgane am besten auf den Auswahlvorgang vorbereitet. Für die eigenen Richterernennungen werden jeweils geeignete Kandidaten vorhanden sein, die zeitnah als Ersatz gewählt werden können. Ein weiterer Aspekt ist die erforderliche Fähigkeit zum Identifizieren von einerseits fachlich, aber auch menschlich und persönlich geeigneten Richtern. Gertrude Lübbe-Wolff hat umfassend herausgearbeitet, wie elementar das Miteinander im Richterkollegium für überzeugendes Judizieren im deliberativen Prozess ist; auf dieser Arbeitsweise gründet der Erfolg des Bundesverfassungsgerichts. Während sich die vormaligen Bundesrichter nur an die erhöhte öffentliche Aufmerksamkeit gewöhnen müssen, stellt sich für die erstmalig ins richterliche Amt gewählten Professoren und Ministerpräsidenten die neue Herausforderung, dass sie in einem Team aus drei bzw. acht Spitzenjuristen als Gleichberechtigte zusammenarbeiten müssen. Susanne Baer hat beschrieben, wie viel Wert bei der Kandidatensuche auf diese persönlichen Eigenschaften gelegt wird und dass sich die Politiker viel Zeit für persönliche Treffen mit den Kandidaten nehmen.[5] Daher ist es vorzugswürdig, eine Blockadesituation durch das jeweils andere Wahlorgan – und dadurch unaufgeregt und niederschwellig – zu lösen.

Dass der Bundesrat als Ersatz für einen blockierten Bundestag geeignet ist, kann auf die – natürlich spekulative – Prognose gestützt werden, dass er das „sichere" Organ ist. Die hohe Unzufriedenheit der Bevölkerung mit der Bundesregierung wird wohl eher zu einer Sperrminorität durch (Protest-)Wähler im nächsten Bundestag führen, als der tatsächliche Machtantritt der AfD in so vielen Landesregierungen, mit der Folge einer Blockade im Bundesrat. Die Gefahr einer gleichzeitigen Sperrminorität in Bundestag und Bundesrat erscheint aktuell nicht hinreichend dringend; andernfalls müssen politische Lösungen mit der Opposition gefunden werden („Zumutung Demokratie"). Diskussionswürdig ist schließlich noch die Frage, ob die durch eine Ersatzwahl besetzte Richterstelle trotzdem zum hälftigen Kontingent des eigentlich wahlberechtigen Organs gerechnet wird oder umgekehrt der Ersatzwähler auf die nächste Neubesetzung „seiner" Richterstelle verzichten muss, damit weiterhin Parität zwischen Bundestag und Bundesrat besteht.

Zustimmungspflicht bei Änderungen des BVerfGG

Anstatt wesentliche Regeln des BVerfGG durch Implementierung im Verfassungstext einer späteren Anpassung zu entziehen, könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber eine Zustimmungspflicht des Bundesrats bei Änderungen des BVerfGG normieren. Diese beiden Schutzmöglichkeiten stehen nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. In der aktuellen Diskussion scheint über das „Ob" der Aufwertung von Bestimmungen aus dem BVerfGG ins Grundgesetz bereits weitgehende Einigkeit zu herrschen. Auf die Überführung von zu vielen Detailregelungen in die Verfassung kann aber verzichtet werden, weil mit einer Zustimmungspflicht durch den Bundesrat, der durch Verfassungsänderung des Art. 94 Abs. 2 GG einzufügen wäre, ein weiterer Sicherungsmechanismus im Falle einer destruktiven Bundestagsmehr-

[3] Die mitunter heftigen Attacken der regierenden Politiker auf das Gericht wären andernfalls wohl noch stärker ausgefallen; vgl. zu den drei historischen Kritikwellen Collings, in: Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 63; Grimm, Die Historiker und die Verfassung, 2022, S. 68 ff., 195 ff., 200 ff. Zur Frage einer vierten Kritikwelle in den 2020er-Jahren Forck, KritV 106 (2023), 207.

[4] Allgemein zu diesem Argument Grimm, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 143 (146).

[5] Vgl. ferner Baer, djbZ 2011, 156 (162 f.); zu ihrem Wahlvorgang auch Gelinsky, in: Stolleis (Hrsg.), Herzkammern der Republik, 2011, S. 82 (93). Allgemein zu den Vorstellungsrunden bei den Politikern etwa Müller, FAZ vom 12.11.2010, S. 6 und Dieterich, Ein Richterleben, 2016, S. 122 f.

heit bereitstünde.

Da es bisher keine missbräuchlichen Manipulationen am BVerfGG gab, ist die oben angesprochene Problematik um die gleichmäßige Beteiligung von Bund und Ländern am Gericht bisher nicht relevant geworden. Grundsätzlich ist es aber durchaus bedenklich, dass der Bundestag die Detailregelungen zu Gerichtsverfassung und Verfahrensvorschriften autonom ausgestalten darf, obwohl die Länder gleichsam von seinen Entscheidungen betroffen sind und das Gericht als Streitschlichter zwischen den Gebietskörperschaften von beiden Seiten respektiert werden muss. Eine stärkere Beteiligung des Bundesrats am BVerfGG ist daher bereits aus theoretischen Gründen sachgerecht. Die durch das Zustimmungserfordernis im Vergleich zum übrigen Gesetzesrecht herausgehobene Stellung des BVerfGG würde die besondere Wertigkeit des Gerichts im Verfassungsgefüge angemessen illustrieren.

Minimalinvasive und effektive Lösung

Wenn man die Gefahr einer künftigen AfD-Mehrheit in den deutschen Staatsorganen für real hält und der Partei schon jetzt vorwirft, dass sie zum späteren Machterhalt grundlegend in die institutionellen Rahmenbedingungen des Verfassungsgerichts eingreifen wird, sollte ihr die aktuelle Mehrheit nicht durch gesetzgeberischen Aktivismus eine Steilvorlage für spätere Wiederholungen geben. Im Grundsatz ist daher Zurückhaltung vorzugswürdig. Wenig geschickt sind insbesondere Reformen als Sonderrecht gegen die Partei, wie etwa die damalige Änderung der Geschäftsordnung des Bundestags für den Alterspräsidenten.

Die oben dargestellten Vorschläge zur intensivierten Einbindung des Bundesrats – für sie hat sich jüngst auch Johannes Masing ausgesprochen – lassen sich unabhängig von aktuellen AfD-Szenarien legitimieren. Sie schützen das Gericht effektiv und gleichzeitig minimalinvasiv. Seien wir (vorsichtig) optimistisch, dass auch die künftigen Repräsentanten in Bundestag und Bundesrat respektvoll mit dem „Hüter der Verfassung“ umgehen werden.

Tristan Wißgott

Amtsgedanke und neutralisierter Demokratiebegriff

Eine fragwürdige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Status politischer Beamter

doi: 10.59704/70f425f8161b51c3

Beamtenrecht ist in Deutschland seit jeher Verwaltungsrecht, das nach Otto Mayer besteht, während das Verfassungsrecht vergeht. Das Grundgesetz macht das in Art. 33 Abs. 2, 5 GG besonders explizit, indem es die tradierten, vorkonstitutionellen Strukturen des Beamtenrechts zu Verfassungsrecht hochzont und auf Dauer stellt. Die Frage, wie ein demokratisches Personalverfassungsrecht aussehen sollte, wird selten gestellt. Die Leerstelle betraf bislang auch und gerade die Institution des sogenannten politischen Beamten, die nach § 54 Abs. 1 BBG, § 30 Abs. 1 BeamtStG jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können. Mit einem jetzt veröffentlichten Beschluss vom 9. April 2024 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts diese Lücke geschlossen. Können die Leiter der unteren Landesbehörden der Polizei in Nordrhein-Westfalen aus politischen Gründen in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden? Die scheinbare Banalität des Problems sollte nicht über die Sprengkraft des Beschlusses hinwegtäuschen: Mit wenig plausiblen Gründen opfert das Gericht eine für das Personalverfassungsrecht des Grundgesetzes wesentliche Institution auf dem Altar seiner Entpolitisierungsbestrebungen.

Maßstabsgeschichte

Das Gericht benennt seine Entscheidung nicht zufällig „Politischer Beamter“ ohne römische Ziffer: Welche Ämter eigentlich als „politische Beamte“ eingestuft werden dürfen, stand zuvor in keiner Senatsentscheidung im Mittelpunkt. § 30 Abs. 1 BeamtStG sagt, wie auch § 54 BBG, darüber gerade nichts, sondern überlässt die Entscheidung den Ländern und regelt nur die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand. Die einschlägige Maßstabsbildung erfolgte bislang allein durch *obiter dicta*, wenn die Einrichtung von Ämtern auf Zeit auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand standen. Das war solange kein Problem, wie das Gericht in den frühen Entscheidungen aus den fünfziger Jahren die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ noch als umfängliche Affirmation preußischer Beamtenrechtsinstitutionen verstand und am *status quo* der politischen Beamten folglich nichts auszusetzen hatte: Sie bedürften „nach der Art ihrer Aufgaben in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung“; daher sei es „‚hergebrachter Grundsatz‘, daß sie im Gegensatz zu anderen Beamten ohne Angabe von Gründen jederzeit unter erheblicher Verkürzung ihrer Bezüge in den ‚Wartestand‘ (‚einstweiligen Ruhestand‘) versetzt … werden können“. Den Maßstab verschärfte das Gericht 2008 und 2018: Der zulässige Ämterkreis sei „eng begrenzt“; es müsse sich um „Transformationsämter“ handeln, also um „notwendige politische Schlüsselstellen für die wirksame Umsetzung der politischen Ziele der Regierung, die auf eine aktive Unterstützung seitens der betreffenden Amtsträger angewiesen ist“. Der Zweite Senat hat diesen restriktiven Maßstab nun scharfgestellt.

Sachverhalt

Sachverhalt, Problem und Prozessgeschichte sind schnell erzählt: Nach der „Kölner Silvesternacht“ zum Jahreswechsel 2015/16, einer unglücklichen Pressemitteilung des Kölner Polizeipräsidiums und nationaler, schließlich auch internationaler Berichterstattung wurde der Kölner Polizeipräsident Wolfgang Albers vom sozialdemokratischen Innenminister Ralf Jäger in den einstweiligen Ruhestand versetzt. Dagegen ging der Betroffene gerichtlich vor: Die Rechtsgrundlage für die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand sei verfassungswidrig. Die 18 Polizeipräsidenten in NRW waren nämlich bisher nach § 37 Abs. 1 Nr. 5 LBG NRW politische Beamte. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die diese Vorschrift nun für nichtig erklärt hat, beruht im Kern auf zwei Erwä-

gungen: Zum einen sei bei politischen Beamten das aus Art. 33 Abs. 5 GG folgende Lebenszeitprinzip, das die Unabhängigkeit der Beamten sichern solle, durchbrochen; zum anderen sei diese Durchbrechung ausschließlich bei solchen Ämtern zulässig, die nach Art ihrer Aufgaben in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Regierung bedürfen und in fortwährender Übereinstimmung mit ihren grundsätzlichen politischen Ansichten stehen müssen – was bei den nordrhein-westfälischen Polizeipräsidenten nicht der Fall sei. Eine landespolitische Affäre, bestenfalls ein polizeirechtliches Problem, möchte man meinen. Der immense Druck der Öffentlichkeit auf die Landesregierung forderte ein Bauernopfer, das im Polizeipräsidenten gefunden wurde, aber nicht hätte gefunden werden dürfen.

Methodische Rückfragen

Die Begründung ist in mehrfacher Hinsicht überraschend. Das Gericht zwängt den Beamten auf Zeit und den politischen Beamten unter den gleichen Maßstab. Die Entscheidung verwendet wenig Mühe darauf, diese Gleichsetzung zu begründen. Die Ausnahme vom Lebenszeitprinzip beschränkt sich beim politischen Beamten allerdings auf das statusrechtliche Amt, betrifft aber nicht den Grundstatus. Übrigens landet der in den einstweiligen Ruhestand versetzte politische Beamte ausgesprochen weich: Er erhält für den Monat der Versetzung sowie die folgenden drei die bisherigen Bezüge weitergezahlt und im Anschluss für bis zu drei Jahre ein erhöhtes Ruhegehalt von 71,75 v.H. der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge der vormaligen Besoldungsgruppe, ehe sich das Ruhegehalt nach den allgemeinen Vorschriften richtet. Dass das bei einer B-Besoldung ungenügend sein soll, um dem politischen Beamten die notwendige Unabhängigkeit zur gesetzestreuen Dienstausübung zu sichern – darin liegt nach der Entscheidung die Ratio des Lebenszeitprinzips –, zeugt entweder von einem ausgeprägten Misstrauen gegenüber den Spitzenbeamten von Bund und Ländern – oder es ist unplausibel.

Die Gleichsetzung von politischen Beamten und Wahlbeamten beruht auf der Annahme, dass allein die Ausnahme vom Lebenszeitprinzip diese Ämter prägt, der gegenüber alle anderen institutionellen Gestaltungen zweitrangig sind. Anders gesagt: Die Perspektive des Zweiten Senats ist verrutscht, weil sie die institutionelle Bedeutung des politischen Beamtentums vollständig aus den Augen verliert. Das drückt sich in der eklektischen Würdigung der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte aus, die im Rahmen der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ des Art. 33 Abs. 5 GG bekanntlich eine besondere Rolle einnimmt. Die Begründung spielt das aus der immanenten Vernunft der Beamtenrechtsgeschichte rekonstruierte Lebenszeitprinzip gegen die Institution des politischen Beamten aus. Das ist deshalb wenig überzeugend, weil beide nur zwei Seiten derselben Medaille sind: Nicht nur die Unabhängigkeit der Beamten, sondern auch die politischen Beamten sind, wie Fritz Hartung in einem immer noch lesenswerten Stück zur preußischen Verwaltungsgeschichte dargelegt hat, eine Konsequenz des Übergangs Preußens zum Konstitutionalismus und zur Ministerverantwortlichkeit nach 1848.

Die Entscheidung legt diese historische Entwicklung offen, versagt ihr aber die normative Relevanz. Wenn die Ausführungen zum Missbrauch der politischen Beamten im Nationalsozialismus dafür eine Rechtfertigung bieten sollen, weist schon der fehlende ausdrückliche Hinweis darauf hin, dass dieses Argument nicht recht überzeugen kann: Hätte die Beamtenschaft die Republik andernfalls vor dem Nationalsozialismus gerettet? Ausgespart wird demgegenüber die kaum zu überschätzende Bedeutung, die die Institution in der Weimarer Republik spielte, um ein vom monarchischen Konstitutionalismus geerbtes Beamtentum notdürftig zu demokratisieren und gleichzeitig von neuen Republikfeinden freizuhalten. In Preußen tauschten die Regierungen der Weimarer Koalition nach der Revolution und dem Kapp-Putsch mehr als die Hälfte der Ober- und Regierungspräsidenten sowie der Landräte und insbesondere auch der Polizeipräsidenten und -direktoren aus. Die Republikschutzmaßnahmen von 1922, nach Reichsjustizminister Gustav Radbruch ausschließlich gegen den Rechtsradikalismus gerichtet, eröffneten den Ländern weitergehend die Möglichkeit, den Ämterkreis deutlich auszuweiten, wovon das Kabinett Braun II – auch insoweit „Preußens demokratische Sendung“ – großflächig Gebrauch machte. Dass auf diesem Wege ein robuster, republiktreuer Beamtenkader geschaffen wurde, zeigt sich darin, dass nach dem Preußenschlag Franz von Papen und Hermann Göring das Spitzenpersonal großflächig wieder austauschten.

All das verschwindet in der Begründung des Gerichts hinter einer Art Grundrechtsprüfung: Es liege ein „Eingriff“ in das aus Art. 33 Abs. 5 GG folgende Lebenszeitprinzip vor; dieser bedürfe der verfassungsrechtlichen „Rechtfertigung“. Dass diese Rechtfertigung nicht unter

dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verhandelt wird, liegt daran, dass dessen Prüfprogramm noch zu lasch wäre. Statt eines legitimen Ziels braucht es – erstens – einen Bereich, in dem die „besondere Sachgesetzlichkeit und die Art der wahrgenommenen Aufgaben" eine Ausnahme vom Lebenszeitprinzip „nahelegen"; die „Regelung muss – zweitens – geeignet und erforderlich sein, um diesen besonderen Sachgesetzlichkeiten Rechnung zu tragen"; schließlich bedarf es – drittens –einer „konkreten, alle erheblichen Gesichtspunkte einbeziehenden Bewertung der jeweiligen Regelungsstruktur im Einzelfall", um zu bestimmen, ob das fragliche Amt ein „politisches" sei – was der Sache nach heißt: Das Gericht durchleuchtet die Kommunikationsstruktur und den Behördenaufbau bis hin zu Ministeriumsrunderlassen, um die besagte Einzelfallprüfung, die Ketzer richterliche Dezision nennen würden, vorzunehmen. Gesetzgeberische „Einschätzungsprärogativen" oder „Spielräume" kommen nur vor, um – negativ – die Irrelevanz tradierter Elemente zu begründen. Dass sie – positiv – dazu führen könnten, politische Gründe der Landesregierung und ihrer parlamentarischen Mehrheit für die Bestimmung des Ämterkreises anzuerkennen, zerschellt an der unbeirrbaren Sachlichkeit der gerichtlichen Überprüfung. Im Ergebnis verwandelt das Gericht die einstmals institutionell wie historisch begründete Existenz politischer Beamter in eine bloße Beeinträchtigung des Lebenszeitprinzips, die sich in Termini klassischer Grundrechtsdogmatik – „Eingriff"; „Rechtfertigung" – durchdeklinieren lässt – ein Verfahren, das im institutionellen Verfassungsrecht selten und hier sicher nicht angemessen ist.

Der schwierige Stand einer politischen Theorie

Wenig verwunderlich ist vor diesem Hintergrund, dass die Entscheidung keinen Ort für die politische Theorie eines parlamentarischen Regierungssystems findet. Die Vorstellung, gewisse Ämter könnten schon deshalb zurecht politische Beamte sein, weil ein Fehl- oder nur nicht auf Regierungslinie liegendes Verhalten der jeweiligen Amtswalter auf die Landesregierung zurückfällt, auch wenn sie in der Sache nicht tätig war, wird verworfen: Es möge zwar der „politischen Realität entsprechen …, dass ein konkretes Handeln oder Unterlassen der staatlichen Verwaltung das Meinungsbild der Bevölkerung zugunsten beziehungsweise zulasten der jeweiligen Regierung verändern kann"; mit den normativen Vorgaben „rechtsstaatlicher Verwaltungssteuerung" sei das allerdings unvereinbar. Verfassungsvorgaben gegen die „politische Realität" auszuspielen, funktioniert nur, weil die Entscheidung einem gehaltvollen Begriff politischer und öffentlicher Verantwortung einer Regierung die Anerkennung verweigert. Diese Illusion, Politik in Verwaltung auflösen zu können, wird spätestens dann zum schlechten Witz, wenn der Senat darauf hinweist, die Regierung könne ja der Öffentlichkeit – wohlgemerkt: nach der „Kölner Silvesternacht" – ihre Unschuld erläutern: „unter Wahrung des Neutralitätsgebots", versteht sich.

Die in der Entscheidung konstruierte Idee eines unpolitischen Gesetzesvollzugs in den Grenzen gebundenen Ermessens führt sich sodann selbst *ad absurdum*: Dass die Vorstellung fernliegen soll, die Nutzung des nach Beachtung der Ermessensgrenzen „verbleibenden Spielraums" könnte „als maßgebliches Instrument" dazu dienen, „die politischen Ziele der Regierung umzusetzen", dürfte die Münchener „Klimakleber" überraschen, die nach entsprechenden Ankündigungen der Bayerischen Staatsregierung in wochenlange Präventivhaft genommen wurden. Weiter widerlegt sich die Entscheidung selbst, wenn sie aus dem Vergleich zu den übrigen neunundzwanzig Kreispolizeibehörden, die von Landräten geleitet werden, ein systematisches Argument gegen die Notwendigkeit politischer Beamter als Polizeipräsidenten zu gewinnen sucht. Zweifelsohne ist bei Landräten die politische Übereinstimmung mit der Regierung nicht gewährleistet. Dies aber nicht, weil sie Laufbahnbeamte wären; im Gegenteil: als kommunale Wahlbeamte weichen sie von dessen vorgeblichem Ideal mehr noch als politische Beamte ab. Der Gesetzesvollzug der Landräte ist, soweit ordnungsrechtliches Ermessen reicht, gewollt politisch; die getroffenen Entscheidungen verantworten sie persönlich vor dem Wahlvolk des Kreises. Ausgewählte Kreispolizeibehörden nicht kommunalen Wahlbeamten, sondern vom Vertrauen der Landesregierung abhängigen politischen Beamten zu überantworten, ist demnach gerade keine systemwidrige Politisierung. Die Einstufung knüpft nur an die Überlegung an, dass der Vollzug des Polizeigesetzes in größeren Kommunen die örtlichen Belange transzendiert und öffentlich der Landesregierung zugerechnet wird. Es gibt eben konkrete Gründe dafür, dass sich die ominöse Silvesternacht in Köln ereignete und nicht im Sauerland.

Erklärungsversuche

Womit also ließe sich diese Entscheidung erklären? Auf den ersten Blick mit der wissenschaftssoziologischen Be-

sonderheit der Produktionsbedingungen beamtenrechtlicher Literatur, die beinahe ausnahmslos aus Beamtenfedern stammt. Die wissenschaftliche Verkümmerung des politischen Beamten ist augenscheinlich auch darauf zurückzuführen, dass das Ethos des Laufbahnbeamten eine Aversion den politischen Beamten gegenüber zeitigt: Zieht man die neuere Literatur zu politischen Beamten heran, liest man insbesondere die teilweise auch in der Entscheidung zitierten Aufsätze und Blogbeiträge ehemaliger Ministerialbeamter, die den politischen Beamten so weit zurechtstutzen, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Institution nicht durch ihre grundsätzliche Anerkennung gegen Kritik immunisiert hat. Wer ein Movens jenseits des Ringens um die möglichst „rationale" Auslegung geltenden Rechts – bekanntlich die Paradedisziplin der Beamten-Verfasser – vermutet, wird durch die Empfehlung, „aus rechtsstaatlichen Gründen" auf die Institution des politischen Beamten zu verzichten, bestätigt. Freilich ist der Verweis auf das „bayerische Modell" der Ministerialorganisation, das ohne politische Beamte auskommt, schon auf den ersten Blick kein plausibles Gegenbeispiel: Welches Bedürfnis nach personeller Veränderung aus parteipolitischen Gründen sollte der zehnte CSU-Innenminister in Folge auch haben?

Die Stoßrichtung der Entscheidung jedoch allein mit dem zwanglosen Zwang der quantitativen Überlegenheit, den Juristen „herrschende Meinung" nennen, zu erklären, hieße die tiefere verfassungstheoretische Bedeutung der Entscheidung zu verkennen. Sie fügt sich nahtlos in die seit längerem betriebene Entparlamentarisierung des wiederentdeckten *pouvoir neutre* ein, die der Zweite Senat vor allem dadurch vorangetrieben hat, sich zum Ersatzgesetzgeber auf dem Gebiet des Besoldungsrechts aufzuschwingen. Eine von der Regierung und ihrer parlamentarischen Mehrheit nicht abhängige, sondern ihr gegenüber vielmehr verselbstständigte Bürokratie bedarf in der Tat keiner politischen Beamten, deren Pointe gerade darin besteht, die Dichotomie von Politik und Verwaltung durch punktuelle Verschränkungen zu durchbrechen.

Die jetzige Entscheidung war in dieser Hinsicht gut vorbereitet: In einem bemerkenswerten – allerdings nur von einschlägigen Neutralitätsfetischisten tatsächlich bemerkten – Akt von *judicial activism* hat das Bundesverfassungsgericht 2018 in der schon erwähnten Entscheidung zum brandenburgischen Hochschulkanzler darauf hingewiesen, dass die Einstufung von Ministerialdirektoren auf Bundesebene als politische Beamte verfassungsrechtlich schwerlich haltbar sein dürfte. Wer die als Begründung überforderte Behauptung, Abteilungsleiter in Bundesministerien seien eher mit administrativem Gesetzesvollzug als mit politischen Transformationsaufgaben beschäftigt, als bloßes Unwissen abtut, kann sich in einem einschlägigen Fachbeitrag des seinerzeitigen Berichterstatters und Gerichtspräsidenten eines Besseren belehren lassen: Dort wird noch einmal die abgeschmackte Diskussion um die „Ämterpatronage" aufgeworfen und als Lösung – für welches Problem? – ernsthaft in den Raum gestellt, Beamten auf Verfassungsebene die Parteimitgliedschaft zu verbieten. Nun den Ämterkreis der politischen Beamten zusammenzustreichen, ist ein konsequenter Schritt in eben diese Richtung. Der seit frühen Tagen des Gerichts mitgeschleppte Topos, das Berufsbeamtentum solle ein „ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften" sein und „Verfassung und Gesetz im Interesse des Bürgers auch und gerade gegen die Staatsspitze behaupten", gewinnt wieder einen polemischen Sinn: der *pouvoir neutre* als Anker gegen den Parteienstaat und die Fliehkräfte des Politischen. So gesehen hat das Gericht mit einer der letzten inhaltlichen Randnummern der Entscheidung von 2018 *en passant* die Axt an die personalverfassungsrechtliche Säule des parlamentarischen Regierungssystems gelegt. Ceterum censent rem publicam esse delendam?

Eine andere Lesart der jetzigen Entscheidung bleibt möglich: Der Elefant im Karlsruher Beratungszimmer mag das Szenario einer Landesregierung mit AfD-Beteiligung nach den Landtagswahlen in Thüringen, Sachsen und Brandenburg dieses Jahr gewesen sein. In der Tat ist die Vorstellung, Björn Höcke könnte freihändig Polizei- und Verfassungsschutzpräsidenten austauschen, wenig erquicklich. Das Beamtenrecht dagegen zu immunisieren, war einer der wesentlichen Impulse aus dem Thüringen-Projekt des Verfassungsblogs; die Karlsruher Entscheidung lässt sich als gleichlautender Wink mit dem Zaunpfahl lesen. Aus dieser Perspektive ist die Entscheidung ebenfalls konsequent: Dass sich der Konstitutionalismus am besten durch seine radikale Entpolitisierung vor dem Populismus schützen lässt, ist die Wette, die der Zweite Senat vor längerer Zeit eingegangen ist. Den Einsatz, den er allerdings primär nicht auf eigene Rechnung tätigt, hat er nun erhöht. Der politische Mehrwert als Prämie auf die legale Ernennung eines Höcke-

konformen Verfassungsschutzpräsidenten, den die nachfolgende Regierung nicht wieder austauschen könnte, wäre verheerend.

Armin Steinbach

Schutz vor einer Politik durch Köpfe

doi: 10.59704/95584255e5a7606a

Das BVerfG bleibt seiner restriktiven Rechtsprechung zum politischen Beamten treu. Die Kritik an dem Beschluss schießt aus allen Rohren – aber mit Platzpatronen. Die Entscheidung geht den überfälligen Schritt, einer Politik durch Köpfe im gesetzesvollziehenden Teil der Exekutive die Grenzen aufzuzeigen. Die Kritik verkennt die hinter dem politischen Beamten wirkende Ministerverantwortlichkeit. Dafür ventiliert sie mit Verve, dass ehemalige Ministeriale und Verfassungsrichter bei diesem neutralitätsfetischistischen Beschluss am Werk sind, dabei ist die Realität viel banaler: Amtscourage, nicht politische Konformität, ist das Leitbild des Personals der Republik. Mit einem rechtsstaatsvernarrten Rationalismus im Gewand demokratiefeindlicher Neutralität hat das wenig zu tun. Was ein durchdemokratisiertes Behördenpersonal bedeutet, lässt sich am Beispiel der USA illustrieren, wo der demokratische Furor bei einem Regierungswechsel auf einen Streich tausende Stellen auf parteipolitische Konformität umpolen könnte.

Dabei liegt wenig Überraschendes in dem Beschluss. Er verlängert und konkretisiert eine Entscheidungslinie, die das Institut des politischen Beamten stets als rechtfertigungsbedürftige Kategorie, als Ausnahme von der meritokratischen Beamten-DNA – Unabhängigkeit, Neutralität, Leistungsprinzip – ausgeflaggt hat. Der politische Beamte ist die Enklave auf dem Territorium des Rechtsstaats, das sonst nur von Beamten der Gattung Art. 33 Abs. 5 GG besiedelt ist. Er ist aber nur der äußerste Punkt auf einem Handlungsspektrum der Durchgriffsmöglichkeiten einer politischen Spitze auf den administrativen Unterbau – neben der Weisung, der Umsetzung, der Versetzung oder dem Disziplinarrecht. Die Beseitigung des politischen Beamten aus den unpolitischen Gefilden des Verwaltungsvollzugs, zu denen nach dem Beschluss zumindest auch der nordrhein-westfälische Polizeipräsident gehört, hinterlässt keine bedenklichen ministerialfreien Räume.

Duale Exekutive

Der politische Beamte findet seinen Platz, wenn man zwei Arme der Exekutive unterscheidet: der politisch-demokratische, in Regierung und Ministerien angesiedelte, prospektive, politisch-strategische, verfassungsrechtlich in Watte gepackte und allgemein ausgerichtete Arm; und der bürokratisch-rechtsstaatliche, gesetzesvollziehende, ermessensgebundene, subsumierende und konkret einzelfallbezogene Arm. Die Botschaft des Beschlusses ist schlicht: für das Handeln des ersten Arms haben politische Beamte eine wichtige Funktion. Der Minister braucht sie als Scharniere im Ministerialapparat, um politische Impulse in die Zahnräder ministerialer Maschinenräume zu überführen, in denen Gesetze geschrieben oder andere prospektive Gestaltungsmaßnahmen ausgeheckt werden. Politische Amtsträger, die ihre subjektiven Steuerungswünsche durch politische Beamte verlängern, unterliegen keinem fremden Rationalitätsmaßstab. Deshalb ist nicht nur akzeptabel, dass die Regierung für staatsleitendes Handeln politisch konformes Personal einsetzt, weil das Geschäft an der Ministeriumsspitze zuvorderst politisch-strategisch agiert, nicht administrativ-bürokratisch. Der politische Beamte wird sogar zum erforderlichen Korrelat zur Ministerverantwortlichkeit gegenüber dem Parlament. Verantwortlichkeit setzt voraus, dass die Regierung ihren politischen Gestaltungsanspruch auch tatsächlich einlösen kann. Dafür bedarf es der Transformationsleistung des politischen Beamten.

Der zweite Arm der Exekutive agiert mit Personal, dessen Expertise- und Anforderungsprofil für gesetzesvollziehendes Handeln parteienagnostisch ist und nicht die Übereinstimmung mit den politischen Ansichten der Regierung voraussetzt. Der Minister braucht in Behörden, die wie das nordrhein-westfälische Polizeipräsidium Gefahrenabwehr betreiben oderder Erforschung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten dienen, keine politischen Gesinnungsgefährten. Dieses Personal erledigt seinen Job am Maßstab der Legalität, nicht der parteipolitischen Loyalität. Für diesen Personenkreis

den politischen Beamten nicht zuzulassen, hat nichts mit Neutralitätsfetischismus zu tun, sondern ist schlichte Gewaltenteilungsmetrik. Anders als der politisch-strategische Arm der Exekutive sind die ermessensgebundenen Amtsträger einer gesetzlich fixierten Fremdrationalität unterworfen. Jenseits von Zweckmäßigkeitserwägungen ist da kein Spielraum für politisches Handeln, mithin auch kein primärer Bedarf an parlamentarischer, sondern an rechtlicher Kontrolle.

Akzentuiert wird damit zugleich ein Delta zwischen parlamentarischer und politischer Verantwortung. Nur erstere rechtfertigt das für den politischen Beamten typische Heuern und Feuern nach politischer Übereinstimmung. Die duale Exekutivstruktur bringt es aber mit sich, dass die politische Spitze nicht vor jedem politischem Reputationsverlust gefeit ist, der durch (vermeintliches) Fehlverhalten des Behördenpersonals droht. Wer einen Machtapparat mit unabhängigen Beamten steuert, muss mit Kratzern im Lack der politischen (Selbst-)inszenierung rechnen. Die politisierte Personalpolitik zu entgrenzen, um dem Amtsträger ihm zugeneigte Gefolgsleute an Spitzen nachgeordneter Behörden installieren zu lassen, würde die strikte Legalitätsorientierung dieser Posten auf dem Altar eines optimierten öffentlichen Erscheinungsbildes des Amtsträgers opfern. Es besteht dafür auch schon deshalb kein Bedürfnis, weil ausreichend andere Einwirkungsmöglichkeiten auf das Personal bereitstehen. Versetzung, Weisung und Disziplinarrecht fächern ein Instrumentarium des Dienstherrn auf, das sowohl reaktiv wie präskriptiv zum Einsatz kommen kann, ohne dabei die Unabhängigkeit des betroffenen Ministerialen auszuhöhlen. Weit ist das organisationsrechtliche Ermessen des Dienstherrn; weit, aber nicht unbeschränkt und -überprüfbar das Weisungsrecht; eng das Disziplinarrecht.

Amtscourage erwünscht

Das grundgesetzliche Leitbild des Beamten ist nicht das des vorauseilenden Gehorsams gegenüber parteipolitischem Kalkül, schon gar nicht eines Beamten, der sein Verhalten von der Farbe des Hauses abhängig macht. Konstruktiver Widerspruch, gegründet auf Sachwissen, fachlicher Leistung und loyaler Pflichterfüllung sind die verfassungsrechtliche Erwartungshaltung. Amtscourage ist erwünscht. Polizeipräsidenten, Präsidenten von Kriminalämtern oder Verfassungsschutzpräsidenten einen politischen Schleudersitz zuzuweisen, kann Amtscourage nicht befördern. Wer auf einen Fingerzeig hin in den Ruhestand versetzt werden kann, wird sich gut überlegen, ob er das Rückgrat hat, der Weisung zu widersprechen, wenn er nicht ohnehin schon politisch eingenordet ist.

Die Einzäunung des politischen Beamten auf das unmittelbare Ministerumfeld unterläuft mitnichten die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative über diesen Personenkreis. Jede Parlamentsmehrheit hat – *pro domo* – ein Interesse daran, den Kreis der politischen Beamten weitzuziehen, um mit der Politik durch Köpfe möglichst tief in die Exekutivbau vorzudringen. Wer das Demokratieprinzip als Monstranz für politisierte Behördenspitzen vor sich herträgt, muss sich klar machen, dass sich dahinter eine zwielichtige Gefolgschaft tummelt, wie die Ankündigungen zum Personalaustausch an der Spitze der Sicherheitsbehörden im Falle einer AfD-geführten Regierung zeigen. Welche Blüten es treibt, wenn man es der Prärogative der Parlamentsmehrheit überlässt, die Exekutive mal so richtig durchzudemokratisieren, zeigt die Diskussion um die Wiederbelebung des amerikanischen Spoilssytem, das die Exekutive all ihrer Widerstandskräfte gegenüber politischer Willkür berauben würde – Project 2025 nennt sich das Vorhaben einiger Republikaner, das mit der Entlassung Tausender Beamter nach einem Regierungswechsel in den USA eine Parteipolitisierung der Beamtenschaft auf die Spitze treiben will. Hierzulande ist diesem Drang eine an Art. 33 Abs. 5 GG gestählte Engführung des politischen Beamten als Ausnahme von der Regel entgegenzusetzen.

Und wer die Diskussion um Ämterpatronage als abgeschmackt abhandelt, würde mit einer empirischen Erhebung zu den parteipolitischen Hintergründen des Personals auf den komfortablen, weil sicheren, B6-Stellen in Bundesministerien wahrscheinlich eines Besseren belehrt. Sie sind bevorzugter Parkplatz für politisch ausgediente Spitzenbeamte, die gerade unterhalb der politischen Beamten wie Korken im Flaschenhals sitzen und Aufstieg durch Leistung blockieren.

Bund und Länder müssen sich jetzt über ihre Regelungen beugen und den Kreis der politischen Beamten enger ziehen. Gesetzesvollziehende und ermessensgebundene Behördenspitzen sind vor dem Zugriff politischer Personalpolitik zu schützen. Zwar kommt es auf das spezifische Aufgabenprofil dieser Posten im Einzelfall an, aber die Spitzen von Landespolizeidirektionen, Kriminalämtern und Verfassungsschutzbehörden sind prima facie mit Gefahrenabwehr und der Verhütung und Verfolgung

von Straftaten befasst. Ihre Funktion liegt nicht in der Transformation politischer Programmatik in ihre Behörden. Weder sind sie an zentraler Stelle an der Vorbereitung von Gesetzen beteiligt, noch bestehen für die Regierung im Aufgabenprofil dieser Behörden politische Gestaltungsräume, die über Zweckmäßigkeiten hinausgehen. Eine politische Abhängigkeit steht ihren Aufgaben diametral entgegen, weil ihre rechtsstaatliche Funktion durch den Zwang zur politischen Übereinstimmung gefährdet wird.

Der Beschluss darf insbesondere dort nicht ignoriert werden, wo Spitz auf Knopf steht, dass es eine demokratiefeindliche Partei in Regierungsämter schaffen könnte. Wäre dies das Ergebnis demokratischer Wahlen, ist das rechtsstaatliche Gegengewicht umso bedeutsamer. Der thüringische Gesetzgeber sollte sich sputen, die restriktive Lesart des politischen Beamten umzusetzen, zumindest für die Ebene des Polizeipräsidenten und des Präsidenten des Verfassungsschutzes.

Berkan Kaya

Parteiverbotsverfahren zum Schutz vor Rassismus

doi: 10.59704/ef6c57774fd40f97

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat am 13. Mai entschieden, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) den Bundesverband der AfD und die Junge Alternative als Verdachtsfall sowie den sogenannten „Flügel" als gesichert rechtsextrem beobachten und die Öffentlichkeit hierüber unterrichten darf. Laut der Süddeutschen Zeitung arbeitet das BfV zudem an einem Gutachten, in dem es die Hochstufung des Bundesverbandes prüft. Die Urteile sind ein Meilenstein in der aktuellen Debatte über den Umgang mit der AfD und wurden häufig als Vorbedingung für ein Parteiverbotsverfahren gesehen. Je stärker der Verdacht der Verfassungswidrigkeit der AfD sich erhärtet, desto drängender die Frage, ob ein Parteiverbotsverfahren angestrengt werden sollte.

Über die antirassistische Seite der Debatte liest man allerdings wenig (für ein Verbot hier und gegen hier). Dabei ist das Parteiverbotsverfahren im Kern antirassistisch und muss als Teil einer größeren antirassistischen Politik gedacht werden, die dem Schutz rassifizierter Menschen dient. Zum Schutz von Personen, die von Rassismus betroffen sind, scheint ein Verbotsverfahren bei entsprechender Beweislage damit mehr als geboten.

Das Parteiverbotsverfahren ist antirassistisch

Das Parteiverbotsverfahren ist ein ambivalentes Element in der Verfassungsarchitektur des Grundgesetzes. Wo die Demokratie den politischen Prozess frei gestaltet, schränkt sie ihn zum Schutz ihres eigenen Bestandes wieder ein. Die Demokratie des Grundgesetzes ist streitbar, wehrhaft. Nach Karl Loewenstein soll die *militant democracy*, wie er sie nannte, faschistischen Techniken der Machtübernahme und Zersetzung von Demokratien durch ihre inneren Feinde eine Antwort bieten, indem sie sich selbst autokratischer Elemente bedient.

Diese Ambivalenz der wehrhaften Elemente des Grundgesetzes zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Parteiverboten. Die Kriterien des Art. 21 Abs. 2 GG sind hochgradig unbestimmt und ihre Konkretisierung umstritten. Durch deren Konkretisierung wird zugleich austariert, wie die Demokratie sich wehren können soll, ohne ihre eigene Identität zu verlieren.[1] Dieser Streit wird auch über die Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (fdGO) ausgetragen. Im SRP- und KPD-Urteildefiniert das BVerfG diese regelbeispielhaft durch Aufzählung materialer Verfassungsgehalte. Dazu zählten „die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition." (BVerfGE 2, 1, (12 f.)) Diese Definition wurde vielerorts für ihre „Theoriearmut" kritisiert. Die fdGO blieb konturenlos und die Grenzen des Parteiverbots unscharf.

In dem zweiten NPD-Urteil 2017 lag eine Zäsur. Das BVerfG konturierte mit seinem Urteil die fdGO viel klarer. Statt einer Aufzählung von Regelbeispielen, die „mindestens" zur fdGO gehören sollen, wird ihr Menschenwürdebezug stärker ins Zentrum gestellt. Dieser enge Menschenwürdebezug und die Grundannahme, dass der Staat um des Menschen Willen da sei, begründen das Demokratie- sowie das Rechtsstaatsprinzip als weitere Elemente der fdGO. Darin drücke sich die verfassungspolitische Entscheidung des Grundgesetzes für die Freiheit und Gleichheit aller Menschen als Grundwerte der staatlichen Einheit aus (BVerfGE 144, 20 (Rn. 530)). Das BVerfG betont in Bezug auf die Menschenwürde insbesondere den Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten nach Art. 3 Abs. 3 GG. „Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokra-

[1] Tobias Linke, Verbotsunwürdige Verfassungsfeinde: Anmerkungen zum zweiten NPD-Urteil, in: DÖV 2017, 483, 484.

tische Grundordnung." (BVerfGE 144, 20 (Rn. 541)).

Das BVerfG unterstreicht mit dem klaren Bezug auf die Menschenwürdewidrigkeit von Rassismus und Antisemitismus die Verfassungsfeindlichkeit jeglicher rassistischer und antisemitischer Handlungen. Damit verdeutlicht das Gericht einmal mehr die antifaschistische Ausrichtung des Grundgesetzes, das als Gegenentwurf zum Nationalsozialismus gilt (BVerfGE 124, 300 (Ls. 1)). Dass auf dieser Grundlage Parteien verboten werden können, macht ein Parteiverbotsverfahren im Kern zu einer antirassistischen Maßnahme. Die Anträge stehen allerdings im Ermessen der Antragsberechtigten, also nach § 43 Abs. 1 BVerfGG des Bundestags, Bundesrats und der Bundesregierung. Darüber, ob ein Parteiverbotsverfahren angestrengt werden sollte, ist also noch wenig gesagt.

Die Bundesregierung ist am Zug

Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung können gem. § 43 Abs. 1 BVerfGG einen Antrag auf Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit einer Partei stellen. Das BVerfG spricht bezüglich der Antragsstellung mal von politischem Ermessen (BVerfGE 5, 85 (Ls. 2)), mal von pflichtgemäßem Ermessen (BVerfGE 5, 85 (113)). Ob dieses Ermessen auch auf Null reduziert sein und damit eine Antragspflicht begründen kann, ist umstritten (für eine Pflicht bspw. Fischer-Lescano und Hong). Selbst wenn man jedoch das Ermessen als rechtlich unbegrenzt betrachtet, muss die Entscheidung informiert getroffen werden. Auch hier spielen antirassistische Erwägungen eine große Rolle.

Der Einwand vieler Gegner*innen eines Parteiverbotsverfahrens lautet, dass zum jetzigen Zeitpunkt die Erfolgsaussichten nicht hoch genug seien. Ein scheiterndes Verfahren würde der AfD sogar Kanonenfutter bieten. Sie könnte sich als Märtyrerin oder gar durch das BVerfG bestätigt verfassungsfreundlich darstellen. Die AfD geriert sich aber ohnehin stetig als Opfer von Hetzkampagnen gegen sie – auch mit Verbotsverfahren. Funktionäre der AfD verfallen in Bezug auf die Urteile aus Münster gar Verschwörungsmythen und zweifeln an der Unabhängigkeit des Gerichts. Entscheidend sollten daher die unzähligen Anhaltspunkte für ihre Verfassungsfeindlichkeit sein, die selbst ihre Wahlprogramme bieten, die aber auch das OVG Münster in seinen Urteilen herausgearbeitet hat. Auch die beständigen Loyalitätsbekundungen zum Grundgesetz (bspw. hier) reichen nicht aus, um die Zweifel zu widerlegen. Vielmehr lohnt sich, wie das BVerfG im SRP-Urteil nahelegt, ein näherer Blick: „Hitler gab vor 1933 mehrfach Loyalitätserklärungen ab und leistete, als Hindenburg ihn 1933 zum Reichskanzler ernannte, sogar den Eid auf die Weimarer Verfassung; und das Programm der NSDAP war so vieldeutig formuliert, daß es die wirklichen Ziele der Partei schwer erkennen ließ. Werden aber, wie Hitlers Beispiel zeigt, offizielle Erklärungen der Führenden einer verfassungswidrigen Partei zur Verschleierung benützt und wird das Parteiprogramm bewußt "vorsichtig" gehalten, so sind der Wortlaut des Programms und Loyalitätserklärungen – auf welche die SRP sich zum Gegenbeweis beruft – ohne Beweiswert für die wahren Ziele der Partei." (BVerfGE 2, 1 (20)).

Dieser Blick erfordert jedoch Ressourcen. Der rassistische Ton der Programme der AfD, Aussagen von Mitgliedern der AfD sowie durch die Zivilgesellschaft offengelegte Chat-Gruppen und Beweissammlungen legen nahe, dass es weitere Beweise gibt, die für die Verfassungsfeindlichkeit der AfD sprechen. Die Bundesregierung hat die notwendigen Mittel dafür, diese offenzulegen. Dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat untersteht nach § 2 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), das nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG die Aufgabe hat, Informationen über Bestrebungen, die gegen die fdGO gerichtet sind, zu sammeln und auszuwerten. Wegen der Entschlackung der Definition der fdGO gem. Art. 21 Abs. 2 GG im zweiten NPD-Urteil unterscheidet der Begriff sich zwar von der Legaldefinition des § 4 Abs. 2 BVerfSchG (zur verfassungsrechtlichen Aufklärung des Begriffs s. Wihl). Es gibt dennoch Überschneidungen. Damit kann die Beobachtung der AfD zur Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Verbotsverfahrens beitragen. Auf Grundlage der gesammelten Informationen kann eine genauere Prognose abgegeben werden, ob ein Antrag Aussicht auf Erfolg hat. Die Bundesregierung ist damit am Zug.

Verbotsantrag ist zum Schutz rassifizierter Personen geboten

Wenn die Erfolgsaussichten des Verfahrens sich weiter verdichten, ist zum Schutz von Personen, die von Rassismus betroffen sind, ein Antrag mehr als geboten. Rechte Parteien sind eine unmittelbare Gefahr, gerade für rassifizierte Personen. Damit gilt dies auch für die AfD. Diese Gefahr erkennt das BVerfG an, wenn es in Bezug auf die Menschenwürde das Verbot von Rassismus und An-

tisemitismus gesondert hervorhebt. Die Gewaltfantasien von AfD-Mitgliedern sind überwiegend rassistisch (auch wenn sie sich gegen alle möglichen Gruppen richten, z.B. Linke, Feminist*innen, Umweltaktivist*innen, das politische Establishment etc.). Sie grenzt sich in ihren Programmen und in der Öffentlichkeit fortwährend von anderen Kulturen, der Ideologie des Multikulturalismus und dem Islam ab.

Eine Sorge, die Forderungen nach einem Verbotsverfahren gegen die AfD allerdings begleitet, ist, dass sich die sog. Mitte dadurch ihrer eigenen Verantwortung entledigt und Rassismus einzig am sog. rechten Rand verortet (dazu Barskanmaz hier). Folgert man daraus, dass ein AfD-Verbotsverfahren nicht antirassistisch geboten sei, geht diese Argumentation jedoch fehl. Die AfD bleibt mit oder ohne Verbotsverfahren Bezugsgröße für anti-/rassistische Politik, seit den Correctiv-Enthüllungen mehr als zuvor (auch wenn viele Betroffene die Überraschung darüber nicht nachvollziehen können). Die sog. Mitte zieht eine Brandmauer gegen Rechts, gleichzeitig nähert sich ihre Politik immer weiter dem Programm der Neuen Rechten an. Dazu gehört, dass die Ampel-Regierung dem langersehnten Traum („endlich“) der Abschiebungen im großen Stil nachgehen kann. Parallel dazu stärkt die GEAS-Reform unter Aufgabe rechtsstaatlicher Asylverfahren die “Festung Europa“ weiter. Die sog. Mitte ist es auch, die rassistische Debatten um Clan-Kriminalität führt, die die Herkunft von Straftäter*innen jedes Silvester aufs Neue zur Diskussion stellen, die pauschal palästina-solidarischen Aktivismus diffamiert oder rassistische Anschläge nicht hinreichend aufklärt. Studienergebnisse wie „Jugend in Deutschland“, nach der die AfD bei 14- bis 29-Jährigen stärkste Partei wäre, dürften weiter zu dem Trend beitragen, dass die sog. Mitte versucht, Wähler*innen durch rechte Politik zu gewinnen. Dringende politische Probleme anzugehen, wie bspw. Wohnungsnot, (Alters-)Armut, die Klimakrise und Bildung, verpassen die Parteien dadurch. Wenn eine verfassungsfeindliche Partei aber verboten wird, fällt sie als direkte Opposition weg. Dem Schutz von rassifizierten Personen scheint es also zumindest zuträglich, wenn die Politik der etablierten Parteien nicht mehr Reaktion auf die Politik einer verfassungsfeindlichen Partei ist, in deren Wähler*innenschaft sie nach Stimmen buhlt.

Die Demokratie schützen

Die Verfassungsfeindlichkeit der AfD i.S.d. Art. 21 Abs. 2 GG muss zum Schutz rassifizierter Personen von der Bundesregierung überprüft werden. Sie muss anhand der gesammelten Informationen die Erfolgsaussichten eines Verbotsantrags bewerten. Verdichtet sich der Verdacht weiter, darf zum Schutz von Personen, die von Rassismus betroffen sind, nicht weiter mit einem Verbotsantrag gewartet werden. Welche Schäden autoritär-populistische Parteien der bundesrepublikanischen Demokratie zufügen können, zeigen die Ergebnisse des Thüringen-Projekts auf diesem Blog eindrücklich. Die Erfahrung anderer Staaten verdeutlicht die Gefahr. Dass sich die sog. Mitte mit Rassismus auseinandersetzen und mehr für den Schutz rassifizierter Personen tun muss, sowie diese endlich als gleichwertige Mitglieder der politischen Gemeinschaft anerkennen und nicht als „Andere“ zeichnen darf, bleibt unbestritten. Deshalb nicht auf ernstzunehmende autoritäre Bedrohungen zu reagieren, wäre töricht. Nie wieder, ist und war schon immer jetzt.

Ulrich Karpenstein, Stephan Kirschnick

Offene Flanken der Brandenburger Justiz

doi: 10.59704/b86c3c0534d507b3

Die seit dem Beginn der Rechtsstaatskrise in Polen (2015) geführte Debatte über die unzureichende Resilienz der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit steht mit zwei konkreten Entwürfen zur Änderung von Art. 93 und 94 GG auf der Zielgeraden. Zur Stärkung der Resilienz des Thüringer Verfassungsgerichtshofes hat das Thüringen-Projekt jüngst konkrete Vorschläge unterbreitet. Bislang nicht im Fokus der Debatte stand die Justiz in Brandenburg. Zu Unrecht: Im September wird auch in Brandenburg gewählt. Nach den derzeitigen Umfragen ist eine Mehrheit für die derzeitige Kenia-Koalition denkbar knapp; Parteien, die auf Konfrontationskurs gegen das von ihnen verhasste „System" gehen, haben gute Aussichten, mehr als ein Drittel der Sitze im Landtag zu erringen. Angesichts der Konsequenzen, die ein Erstarken solcher Kräfte hätte, besteht noch vor der Wahl Handlungsbedarf.

Funktionsfähigkeit des Landesverfassungsgerichts

Erfreulicherweise sieht die Brandenburger Verfassung zur Absicherung des Landesverfassungsgerichts schon heute gewisse Regeln vor, die auf Bundesebene noch in der Diskussion sind. So ist der Status als selbstständiger und unabhängiger Gerichtshof des Landes, die maximale Größe von zwölf Richtern und die Amtszeit von zehn Jahren in Art. 112 der Verfassung des Landes Brandenburg festgeschrieben. Ebenfalls ist in der Verfassung selbst – und nicht allein im einfachen Recht – vorgesehen, dass es einer Zweidrittelmehrheit für die Wahl der Richter bedarf. Erreicht eine Partei mehr als ein Drittel der Sitze im Landtag, könnte sie also die Wahl neuer Richter blockieren oder als Hebel nutzen, um eigene Kandidaten durchzusetzen. Gegen dieses Erpressungspotential ist – anders als etwa in Thüringen – durch § 6 Abs. 2 S. 2 Verfassungsgerichtsgesetz Brandenburg Vorsorge getroffen worden. Art. 112 Abs. 4 S. 2 LV formuliert zwar das Ziel, dass „[b]ei der Wahl […]anzustreben [ist], dass die politischen Kräfte des Landes angemessen mit Vorschlägen vertreten sind" (vgl. dazu Lehmann/Sturzebecher). Für den Fall, dass es etwa dadurch zu einer Blockade kommen sollte, sieht § 6 Abs. 2 S. 2 VerfGGBbg vor, dass ausscheidende Richter ihre Amtsgeschäfte bis zur Ernennung des Nachfolgers fortführen. Damit dürfte für die Neuwahl des Präsidenten und Vizepräsidenten des Landesverfassungsgerichts sowie von vier weiteren Richtern, deren Amtszeit in der kommenden Legislaturperiode bis September 2029 endet, eine Absicherung der Funktionsfähigkeit des Landesverfassungsgerichts gegen eine Sperrminorität einfachgesetzlich bereits bestehen.

Scheidet ein Richter aus anderen Gründen als wegen des Erreichens der Altersgrenze oder des Endes der Amtszeit aus, besteht ebenfalls eine einfachgesetzliche Absicherung. Ist etwa ein Verfassungsrichter oder eine Verfassungsrichterin dauernd dienstunfähig oder gar zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden, reduziert sich das Beschlussfähigkeitsquorum von sechs um die Anzahl der ausgeschiedenen Richter, § 8 VerfGGBbg.

„Verwundbarkeit" des Landesverfassungsgerichts

Allerdings kann eine einfache Landtagsmehrheit die skizzierten einfachgesetzlichen Absicherungen der Funktionsfähigkeit des Landesverfassungsgerichts aufheben. Prozedurale Regelungen, die nach polnischem Vorbild die Funktionsfähigkeit des Gerichts beeinträchtigen sollen – etwa eine ausufernde Begründungspflicht oder eine Pflicht zur chronologischen Abarbeitung der Fälle –, könnten in das Landesverfassungsgerichtsgesetz mit einfacher Mehrheit aufgenommen werden. Auch die Regelung, dass „Entscheidungen des Verfassungsgerichts […] die Verfassungsorgane sowie alle Gerichte und Behörden des Landes [binden]", findet sich nicht in der Verfassung, sondern nur in § 29 VerfGGBbg. Zudem kommen die einfachgesetzlichen Lösungsansätze bei einer anhaltenden Blockadesituation an ihre Grenzen. Denn je länger eine Nachwahl verhindert wird, desto größer wird das Defizit an demokratischer Legitimation (vgl. dazu Berlin) und desto mehr wird die Arbeitsfähigkeit des Gerichts beeinträchtigt. Aufwendige Verfahren können wegen des „Risi-

kos“ eines Richterwechsel nicht mehr durchgeführt werden – ganz abgesehen von der Frage nach dem gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), die sich nach Ablauf der regulären Amtszeit immer drängender stellen wird.

Auch für das Verfassungsgericht von Brandenburg besteht deshalb Handlungsbedarf – sowohl mit Blick auf dessen Resilienz gegen obstruktive Minderheiten als auch gegen einfache Mehrheiten im Landtag, denen das eine oder andere Urteil oder gleich „die ganze Richtung“ nicht gefällt. Sowohl eine dazu von der Justizministerkonferenz ins Leben gerufene Bund-Länder-Arbeitsgruppe als auch die Rechtswissenschaft haben dazu tragfähige Vorschläge entwickelt. Hierzu gehören namentlich ein maßgeblich aus Landesrichtern bestehendes Auffangwahlorgan, das aus eigenen Personalvorschlägen des Landesverfassungsgerichts – analog zu § 7a BVerfGG – die geeigneten Nachfolgerinnen und Nachfolger auswählt bzw. ein in weiteren Wahlgängen abgestuftes Mehrheitserfordernis im Landtag. Zudem kann als letzte Absicherungsstufe die Organleihe nach Art. 99 GG vorgesehen werden (dazu: Machura/Weickert, Ausfallloption Karlsruhe). Gleichzeitig sollte der Landtag – wie auch im Bund konsentiert – die Bindungswirkung der landesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen in die Verfassung aufnehmen.

Instanzgerichte bislang nicht hinreichend im Fokus

Die Verfassungsgerichte nehmen in der Justizlandschaft eine herausgehobene Stellung ein. Die Rechtstaatskrisen in Polen, Ungarn, der Türkei und vielen weiteren Ländern haben in der Tat gezeigt, dass der Griff nach der totalen Macht stets bei den obersten Gerichten beginnt, bevor auch weitere verhasste Institutionen wie der öffentliche Rundfunk, die „Systemmedien“, die sonstigen obersten Gerichte sowie die Sicherheitsdienste in den Blick genommen werden können (vgl. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit, EU-Kommission, 2022. Länderkapitel Polen). Dennoch werden Gewaltenteilung und Rechtsbindung im Alltag nicht allein durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern primär durch die Verwaltungs-, die ordentliche und die (sonstige) Fachgerichtsbarkeit abgesichert – auch in den „unteren Instanzen“.

Angriffe auf die Unabhängigkeit, Funktionsfähigkeit und die Durchsetzungsfähigkeit der Dritten Gewalt – auch dies zeigen die Krisen vieler unserer Partnerländer – sind zunächst eher unspektakulär. Sie reichen von Aufrufen extremer Parteien zur Beteiligung an der Schöffenwahl und politisch motivierten Versetzungen über gesinnungsgefärbte Beurteilungen bis hin zur der Verächtlichmachung von Instanzgerichten durch die anderen Gewalten. Ganz akut ist indes in Brandenburg ein anderes Problem: Eine drohende Sperrminorität im Richterwahlausschuss. Nach Art. 109 LV und § 11 Abs. 1 BbgRiG entscheidet der Richterwahlausschuss über jede Berufung in das Richteramt. Mindestens zwei Drittel der Mitglieder des Richterwahlausschusses sind Abgeordnete des Landtages; eine Vertretung aller Fraktionen ist ausdrücklich vorgesehen (Art. 109 Abs. 1 S. 2 LV). Auch die Vertreter der Richter-, der Anwalt- und der Staatsanwaltschaft werden – von einer Vorschlagsliste, welche die Berufsgruppen aufstellen (§ 15 BbgRiG) –, vom Landtag selbst gewählt (§ 12 BbgRiG). Zum Richter gewählt ist nur „wer zwei Drittel der abgegebenen Stimmen erhält“ (§ 22 Abs. 1 BbgRiG).

Auch im Vergleich mit anderen Bundesländern scheint das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit für *sämtliche* Berufungen in das Richteramt missbrauchsanfällig und weder geeignet noch erforderlich für eine demokratische Legitimation der dritten Gewalt. Zudem sieht sich der Richterwahlausschuss ohnehin seit jeher der Kritik ausgesetzt, in Sachen Bestenauslese i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG und Unabhängigkeit i.S.d. Art. 97 GG dysfunktional zu sein (vgl. Wittreck, Gutachten, Dt. Juristentag 2020/2022). Mittel- bis langfristig wird das Zweidrittelerfordernis die erforderlichen Nachbesetzungen sowie Beförderungen verhindern oder dazu führen, dass das Drohpotential einer Blockade dazu missbraucht wird, „eigene“ Kandidaten durchzusetzen. Das würde die Unabhängigkeit der Justiz massiv beschädigen und die – nur bei hinreichender Personalausstattung leistbare – Justizgewährung in angemessener Zeit gefährden. Der Gesetzgeber sollte das Brandenburger Richtergesetz daher gleichlautend zu § 22 Abs. 1 S. 4 des Berliner Richtergesetzes so ändern, dass eine einfache Mehrheit genügt, wenn ein Personalvorschlag in den Richterwahlausschuss wiedereingebracht wird. Um einen damit ggf. verbundenen Einflussverlust der Landtagsabgeordneten gegenüber dem Justizministerium zu kompensieren, sollte erwogen werden, den jeweiligen Personalvorschlag von der Präsidentin oder dem Präsidenten des oberen Landesgerichts, nach Beteiligung des Präsidialrats, einbringen zu lassen.

Mit dem Resilienz-Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, den die Justizministerkonferenz auf ihrer

Frühjahrestagung verabschieden wird, steht in Deutschland erstmals eine umfassende Schwachstellenanalyse zur Verfügung, die die Wehrhaftigkeit des Rechtsstaats auch im Ländervergleich in den Blick nimmt. Brandenburg gehört – wie Thüringen – zu jenen Ländern, die Nachholbedarf aufweisen – damit auch in künftigen, womöglich noch raueren Legislaturperioden eine funktionierende Gewaltenteilung gewährleistet bleibt.

Ali Ighreiz, Joschka Selinger

Wie klage ich meinen Landrat weg?

Die Wahlanfechtung als Quasi-Popularklage in Thüringen

doi: 10.59704/e98a191ed66abf68

In Thüringen finden am 26. Mai 2024 Kommunalwahlen statt. Die sogenannten kommunalen Wahlbeamt*innen – Oberbürgermeister*innen, Landrät*innen sowie hauptamtliche und ehrenamtliche Bürgermeister*innen – müssen wie alle anderen Beamt*innen auf dem Boden der Verfassung stehen. Vergangene Woche hat der Wahlausschuss des Landkreises Hildburghausen Tommy Frenck mit drei zu zwei Stimmen als Kandidaten zugelassen und damit vorläufig die nötige Verfassungstreue attestiert. Sollte der Rechtsextremist zum Landrat gewählt werden, steht den Wahlberechtigten ein bislang wenig beachteter Weg offen, um diese Einschätzung gerichtlich überprüfen zu lassen: In Thüringen kann jede*r Wahlberechtigte mit einer Wahlanfechtung als Quasi-Popularklage die Verletzung der Wählbarkeitsvoraussetzungen vor den Verwaltungsgerichten geltend machen. Politisch kann das Störgefühle auslösen. Wenn die Wahlberechtigten die Verfassungstreuepflicht in Anspruch nehmen, handelt es sich aber auch um einen Akt demokratischer Verfassungsmobilisierung.

Dürfen Nazis Landräte werden?

Die kurze Antwort auf diese Frage lautet nein. Nach § 24 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 2 S. 1 ThürKWG ist zum Landrat nur wählbar, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes und der Landesverfassung einzutreten. Hintergrund dieser Anforderung ist die rechtliche Stellung von Landrät*innen. Landrät*innen sind in Thüringen gem. § 106 Abs. 1 ThürKO Beamte auf Zeit. Als oberste Kommunalbeamt*innen gelten für sie im Wesentlichen die aus Art. 33 GG abgeleiteten Grundsätze des Berufsbeamtentums. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat „jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“. Geeignet im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG sind nur Personen, die auch „die Fähigkeit und innere Bereitschaft“ haben, die „dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten“. Die Eignungsvoraussetzung der Verfassungstreue wird damit zur Voraussetzung der Wählbarkeit in das Amt. Das Thüringer Kommunalrecht sieht vor, dass die Wählbarkeitsvoraussetzungen von Wahlbeamt*innen vorab durch die Wahlleitung und den Wahlausschuss überprüft werden (hierzu Kutting). Wenn es hinreichende Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Einstellung gibt, dürften Kandidat*innen bereits nicht zur Wahl zugelassen werden.

Erster Schritt: behördliche Wahlanfechtung oder -prüfung

Sollte dennoch eine Person, die nicht die Verfassungstreueanforderung erfüllt, vom Wahlausschuss zugelassen und in ein kommunales Amt gewählt werden, kann die Rechtsaufsichtsbehörde die Wählbarkeit gem. § 32 Abs. 2 ThürKWG von Amts wegen überprüfen (auch hierzu Kutting). Daneben können jede wahlberechtigte Person und Mitbewerber*innen gem. § 31 Abs. 1 ThürKWG die Wahl anfechten. Die Anfechtung erfolgt innerhalb von zwei Wochen durch schriftliche Erklärung gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde. Die Erklärung muss damit begründet sein, dass bei der Wahl das Thüringer Kommunalwahlgesetz oder die Kommunalordnung (Wahlvorschriften) verletzt wurde. Die Rechtsaufsichtsbehörde prüft gem. § 31 Abs. 2 Satz 3 ThürKWG, ob es erhebliche Verstöße gegen die Wahlvorschriften gab, die geeignet sind, das Wahlergebnis wesentlich zu beeinflussen. Die Entscheidung soll gem. § 31 Abs. 2 ThürKWG binnen einer Frist von drei Monaten getroffen werden. Die individuelle Anfechtung der Wahl tritt damit neben die – fakultative – Wahlprüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörde, die gem. Art. 32 Abs. 2 Satz 1 ThürKWG die Einhaltung der Wahlvorschriften auch nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist von Amts wegen prüfen *kann*.

Verstöße gegen Wahlvorschriften sind immer dann als erheblich anzusehen, wenn sie wesentliche Vorschriften über die Wahlvorbereitung, die Abstimmung bei der Wahl

oder die Ermittlung und Feststellung des Wahlergebnisses betreffen (vgl. OVG Thüringen OVG Thüringen, Urteil vom 20.6.1996, 2 KO 229/96, Rn. 89 ff. – juris). Wesentliche Wahlvorschriften können alle Bestimmungen sein, die die tragenden Grundsätze des Wahlrechtes, nämlich die allgemeine, unmittelbare, gleiche, freie und geheime Wahl sichern sollen (vgl. VG Weimar). Dazu zählen auch die Voraussetzungen für die Wählbarkeit, wie die Verfassungstreueanforderung nach § 24 Abs. 3 ThürKWG. Dies ist ständige Rechtsprechung der thüringischen Verwaltungsgerichte. So hat das VG Weimar in einer Entscheidung aus 2020 geprüft, ob ein wesentlicher Verstoß gegen eine Wahlvorschrift vorliegt, weil ein Stadtratsmitglied gewählt wurde, dass die Wählbarkeitsvoraussetzung nach § 12 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 ThürKWG nicht erfüllte, weil sie ihren Aufenthalt nicht in der Gemeinde hatte. Das VG Weimar hat die Wahl des Stadtratsmitglieds wegen dieses Mangels für ungültig erklärt. Das OVG Thüringen hat diese Entscheidung bestätigt. Danach dürften auch andere Wählbarkeitsvoraussetzungen wie die Verfassungstreue als wesentliche Wahlvorschrift gelten. Dies bestätigt auch die Überprüfung der Verfassungstreue Robert Sesselmanns im Rahmen der kommunalen Wahlprüfung von Amts wegen gem. § 32 Abs. 2 ThürKWG durch das Landesverwaltungsamt im vergangenen Sommer.

Zweiter Schritt: gerichtliche Wahlanfechtung als Quasi-Popularklage

Stellt die Rechtsaufsichtsbehörde auf den Anfechtungsantrag keinen Verstoß gegen Wahlvorschriften fest, kann gegen diese Entscheidung eine Wahlanfechtungsklage beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Die Wahlanfechtungsklage wird von § 33 Abs. 1 ThürKWG vorausgesetzt und ist nach der Rechtsprechung des OVG Thüringen eine Gestaltungsklage eigener Art.

Die Wahlanfechtungsklage setzt keine Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO voraus. Die klagende Person muss sich nicht auf eine Verletzung eines subjektiven Rechts berufen können. Die Wahlanfechtungsklage als besondere Gestaltungsklage ist ausweislich der Leitentscheidung des OVG Thüringen an eine Popularklage angenähert. Die Formulierung „angenähert“ lässt sich dabei mit dem Umstand erklären, dass eine Klage nur von einer klageberechtigten Person erhoben werden kann. Klageberechtigt sind analog zur behördlichen Wahlanfechtung nach § 31 Abs. 1 ThürKWG alle Personen mit passivem oder aktivem Wahlrecht zu der jeweiligen Wahl. Statt eines allgemeinen Vorverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO müssen Kläger*innen vor der gerichtlichen Wahlanfechtung gem. § 33 Abs. 1 ThürKWG die Wahl wie oben dargestellt nach § 31 Abs. 1 ThürKWG behördlich anfechten. Für die Wahlanfechtungsklage gilt die einmonatige Frist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO analog.

Fehlende Verfassungstreue führt zur Anfechtbarkeit der Wahl

Die Wahlanfechtungsklage ist begründet, soweit erstens erhebliche Verstöße gegen Wahlvorschriften vorliegen, die zweitens geeignet sind, das Wahlergebnis wesentlich zu beeinflussen vgl. § 31 Abs. 2 Satz 3 ThürKWG. Kläger*innen sind mit Einwendungen präkludiert, die sie nicht oder nicht hinreichend substantiiert und fristgemäß gem. § 31 Abs. 1 ThürKWG bereits gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde geltend gemacht haben.

Zunächst zum unkomplizierten Teil des Begründetheitsmaßstabs: Die zweite Voraussetzung (Geeignetheit das Wahlergebnis zu beeinflussen) ist jedenfalls immer dann erfüllt, wenn eine nicht wahlberechtigte Person zur Wahl zugelassen wurde. Zu diesem Ergebnis kommt die Rechtsprechung unter Verweis auf § 31 Abs. 2 Satz 4 ThürKWG. Danach ist die Wahl einer Person für ungültig zu erklären, wenn dieser Person die Wählbarkeit fehlte.

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung gilt – wie bei der behördlichen Wahlanfechtung – dass die fehlende Verfassungstreue als Verstoß gegen die Wählbarkeitsvoraussetzung §§ 24 Abs. 3 i.V.m. 28 Abs. 2 ThürKWG einen Verstoß gegen Wahlvorschriften i.S.v. § 31 Abs. 2 Satz 3 ThürKWG darstellt. Die Verfassungstreueanforderung gem. §§ 24 Abs. 3 i.V.m. 28 Abs. 2 ThürKWG kann folglich auch gerichtlich geltend gemacht werden. Hierfür spricht zunächst der offene Wortlaut des § 31 Abs. 2 Satz 3 ThürKWG. Auch Vorschriften, die die Wählbarkeit betreffen, lassen sich unter den Begriff der Wahlvorschriften fassen. Dies entspricht der weiten Auslegung des Begriffs durch das OVG Thüringen, das nur die Geltendmachung bloßer Ordnungsvorschriften explizit ausschließt. Die Verfassungstreueanforderung ist gerade keine bloße Ordnungsvorschrift. Im Gegenteil: Die Verfassungstreueanforderung dient dem Ziel, die Eignung aller Mitarbeiter*innen des öffentliches Dienstes – und damit auch der kommunalen Wahlbeamt*innen – unterschiedslos zu gewährleisten. Nach Auffassung des BVerfG wird auf die-

se Weise die demokratische Zuverlässigkeit des öffentlichen Dienstes „als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ sichergestellt.

Die materiellen Anforderungen an die Verfassungstreue von Beamt*innen hat Nitschke bereits hier erläutert. An die Verfassungstreue von kommunalen Wahlbeamt*innen gelten danach strenge Anforderungen. Für die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Wahlanfechtung wegen fehlender Verfassungstreue können drei Aspekte Orientierung bieten:

Erstens, für kommunalen Wahlbeamt*innen gelten dieselben beamtenrechtlichen Maßstäbe wie für sonstige Beamt*innen. Das OVG Thüringen führte hierzu aus:

> *„Allein die – verfassungsrechtlich nicht vorgegebene – Wahl des Bürgermeisters, seine im Beamtenrecht eingeräumte Sonderstellung (Befreiung von laufbahnrechtlichen Vorschriften und fachlichen Eignungsvoraussetzungen) sowie seine beschriebene exponierte Verwaltungsposition sind keine sachlichen Gründe, ihn auch von den persönlichen beamtenrechtlichen Eignungsvoraussetzungen freizustellen. Die Bestellung durch Wahl mag es rechtfertigen, den Bürgermeister, wie vom Gesetzgeber anerkannt, von ansonsten bestehenden fachlichen Eignungsvoraussetzungen zu entbinden. Die Wahl des Bürgermeisters befreit ihn jedoch nicht von der Anforderung der besonderen Verfassungstreue. Insoweit kann gerade vom höchsten Repräsentanten der Kommunalverwaltung nicht weniger verlangt werden als von anderen Beamten des Landes und der Gemeinden.“* (OVG Thüringen, Urteil vom 14.10.2003, 2 KO 495/03, Rn. 58, juris)

Zweitens, das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass Dienstherren vor Amtsantritt strengere Maßstäbe bzgl. der Verfassungstreue heranziehen können, als es später für die Annahme einer Dienstpflichtverletzung der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht begründet die niedrigere Schwelle damit, dass die Entfernung von Beamt*innen aus dem Dienst wegen Verletzung ihrer Treuepflicht nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist. Dienstherren hätten daher ein berechtigtes Interesse daran, dass niemand Beamte*r wird, der/die nicht die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten. Dienstherren hätten auch den Bewerber*innen gegenüber die Pflicht, die verfassungsrechtlich möglichen Vorkehrungen zu treffen, „damit er nicht genötigt wird, Beamte wegen ihrer politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen“. Ob diese Argumentation des BVerfG auf kommunale Wahlbeamt*innen übertragen werden kann, wurde bislang nicht gerichtlich entschieden. Dagegen spricht jedenfalls, dass die Wahlbeamt*innen auch durch eine Abwahl des Amtes enthoben werden können.

Drittens, die Entlassung einer Beamtin ist nicht mit der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn sie einzig auf die aktive Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei gestützt wird. Daher wird allein die Aufstellung eine*r Kandidat*in für eine verfassungsfeindliche Partei wohl nicht ausreichen, um einen Verstoß gegen die Verfassungstreue zu begründen. Hinzukommen müssen weitere Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Haltung der Beamt*in, etwa wenn verfassungsfeindliche Äußerungen oder Straftaten nachweisbar sind.

Kommunalwahlbeamte sind Beamte

Die Feststellung der Ungültigkeit einer Wahl im Nachhinein kann demokratische Störgefühle auslösen. Bei Stattgabe der Wahlanfechtungsklage stellt das Gericht gestaltend fest, dass die angefochtene Wahl ungültig ist. Stellt das Gericht die Ungültigkeit der Wahl fest, wird die Wahl selbst kassiert, § 33 Abs. 4 Satz 1 ThürKWG (so auch das OVG Thüringen). Wenn das Gericht eine Verletzung der Wählbarkeitsvoraussetzungen feststellt, wird davon abweichend die Gültigkeit der Wahl nicht aufgehoben. In diesem Fall ist, entsprechend der Wertung des § 31 Abs. 2 Satz 3 ThürKWG, nur die Wahl der konkreten Person für ungültig zu erklären. Gem. § 23 Abs. 1 ThürKWG ist bei Verlust der Wählbarkeit einer gewählten Person ein*e Nachrücker*in zu berufen. In jedem Fall führt die nachträgliche (erfolgreiche) Anfechtung der Wahl zu einem Eingriff in die Gleichheit der Wahl: Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gebietet nach Auffassung des BVerfG, dass alle Staatsbürger*innen das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können. Die gewählte Person, deren Wahl erfolgreich angefochten wurde, kann nicht mehr von ihrem passivem Wahlrecht Gebrauch machen. Zudem werden Stimmen, die Bürger*innen – im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Durchführung der Wahl – für eine*n nicht

wählbare Kandidat*in abgeben, nicht berücksichtigt. Zugleich tritt die aus demokratisch-mathematischer Sicht nicht intuitive Folge ein, dass eine Kandidat*in als gewählt gilt, obwohl eine andere Kandidat*in bei der Durchführung der Wahl eine Mehrheit erhalten hat.

Ein verfassungsrechtlicher Blick auf die Rolle und Funktion kommunaler Wahlbeamt*innen hilft, diese Störgefühle einzuordnen. Denn: Verfassungsrechtlich gelten andere Maßstäbe für Bürgermeister*innen und Landrät*innen als für gewählte Abgeordnete. Für erstere gelten die Grundsätze des Beamt*innentums, für letztere die Rechte aus dem freien Mandat. Dementsprechend hebt auch die Rechtsprechung die verwaltende Funktion von kommunalen Wahlbeamt*innen hervor. Vor dem Hintergrund, dass die Wahlbeamt*innen für viele Verwaltungsaufgaben zuständig, also vollziehend tätig sind und teilweise Weisungen unterliegen (§ 3 Abs. 1 ThürKO) ist dies auch sachlich gerechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Differenzierungen und Einschränkungen des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl statthaft, wenn die jeweilige Landesverfassung oder das Grundgesetz selbst ausdrücklich dazu ermächtigt oder der Verfassungsordnung sonst eine ausreichende Ermächtigung entnommen werden kann. Die Verfassungstreueanforderung gem. §§ 24 Abs. 3 i.V.m. § 28 Abs. 2 ThürKWG erfüllt diese Maßstäbe. Das beamtenrechtliche Eignungsmerkmal der Verfassungstreue stellt (wie oben dargelegt) die demokratische Zuverlässigkeit des öffentlichen Dienstes als „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ sicher. Überzeugend geht das BVerfG davon aus, dass es von der demokratischen Zuverlässigkeit des öffentlichen Dienstes abhängt, ob sich die Verfassungsprinzipien in der täglichen Praxis bewähren.

Was bleibt ist, dass die nachträgliche gerichtliche Wahlanfechtung im Vergleich zur Überprüfung durch Wahlausschüsse im Voraus, mit erheblicheren politischen Kosten verbunden ist. Die Zulassung eines notorischen Rechtsextremen wie Tommy Frenck als Kandidat für ein hervorgehobenes demokratisches Amt zeigt indes, dass es der Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur als weiterer Schutzvorkehrung für den demokratischen Rechtsstaat bedarf. Die gerichtliche Wahlanfechtung kann diese Funktion aus zwei Gründen leisten: Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Wahl durch unabhängige Gerichte ist Ausdruck der Gewaltenteilung; die Anrufung des Gerichts durch eine *wahlberechtigte Person selbst,* die die Gewährleistung der Verfassungstreue einfordert, bindet dieses Verfahren an die Bürger*innen zurück. Die erfolgreiche Anfechtung einer hypothetischen Wahl von Tommy Frenck wäre damit nicht nur die notwendige Korrektur einer fragwürdigen Verwaltungsentscheidung, sondern ein Akt der demokratischen Verfassungsmobilisierung.

Klaas Müller, Vivian Kube

Die Voraussetzungen fördern oder „How Democracies Survive"

doi: 10.59704/27ea312d7215886e

„Die Demokratie lebt von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann"[1]. Das Böckenförde-Diktum ist so ein Satz, auf den sich auch in unsicheren Zeiten viele einigen können. Vor kurzem hat Christoph Möllers den Satz in einem Vortrag als „midcult" polemisiert, also als im Grunde leicht verdauliche Kunst, die ihre Tiefe nur andeutet. Statt sich in ständiger Reproduktion des „Böckenförde-Diktums" und gekünstelter Neutralität auf der Stelle zu drehen und dabei allenfalls „midcult" zu betreiben, sollten auch die Verantwortlichen im Bereich der Demokratieförderung diese Tiefe endlich ausschöpfen. Die Strukturentscheidungen des Grundgesetzes sind als Aufruf dafür zu verstehen.

Kampf um die demokratische Deutungshoheit

Es stimmt, dass das Überleben einer Demokratie nicht nur von ihrem Regelwerk, sondern in erster Linie von den Menschen abhängt, die diesen Rahmen füllen. Das hat auch das Bundesfamilienministerium erkannt, das mit dem Bundesprogramm „Demokratie-Leben" aktuell jährlich 182 Millionen Euro in die „Garantie ihrer eigenen Voraussetzungen" investiert. Mit dem Demokratiefördergesetz will es diese Praxis in einem Parlamentsgesetz verstetigen. Und so verwundert es nicht, dass auch der erstarkende Rechtsautoritarismus hier klare ideologische Ziele formuliert. Der Thüringer AfD-Landesverband hat in seinem 5-Punkte-Plan angekündigt, das landeseigene Demokratieförderprogramm „Denk-Bunt" zu streichen. Dann hätten Betroffene rechtsextremer Gewalt kaum noch Hilfs- und Beratungsangebote in Thüringen, viele Schulprojekte, Veranstaltungen und andere zivilgesellschaftliche Initiativen für ein gewaltfreies, plurales Miteinander stünden vor dem Aus. Im rechtlichen Sinne handelt sich bei „ Denk-Bunt" um Zuwendungen (§§ 23, 44 LHO), also Haushaltsmittel des Landes, die in Landtag und Kabinett verhandelt und dann von dem zuständigen Ministerium inhaltlich ausgestaltet werden. Das Szenario, dass ein von der AfD geführtes Bildungsministerium das Programm streicht, ist ohne Weiteres denkbar. Genauso ist es möglich, dass eine autoritär-populistische Regierung stattdessen ein eigenes Programm für „Demokratie" aufbaut, hinter dem sich inhaltlich rechter Kulturkampf und völkisches Denken verstecken. Ein solches Vorgehen würde sich lückenlos einreihen in die autoritär-populistische Strategie, den Begriff des „Volkes" aus Art. 20 Abs. 2 GG umzudrehen; weg von seinem klassischen Verständnis als lückenlose Legitimationskette[2] zwischen Bevölkerung und demokratischen Repräsentant*innen, hin zu einem Dezisionismus à la Schmitt, der die politische Entscheidung von einer vermeintlichen völkischen Identität ableitet und vor den demokratischen Willensbildungsprozess setzt. Die neue Rechte hat das Demokratieverständnis längst als den Schauplatz erkannt, auf dem sie zentrale Bestandteile ihrer Ideologie – sei es ein ethno-völkischer Nationalismus oder die Delegitimierung des Parteienpluralismus zugunsten vermeintlich direkterer Mitbestimmungsmechanismen – verwirklichen kann. Wie im Kultursektor wird eine autoritär-populistische Regierung diese Gelegenheit zur Einflussnahme auch beim Hebel der Demokratieförderung sicher nicht ungenutzt lassen.

Kann man die Zivilgesellschaft vor autoritärer Kommunalpolitik retten?

Dieser Kampf um die demokratische Deutungshoheit hat auf kommunaler Ebene bereits begonnen. Viele lokale Initiativen werden über die sogenannten „Partnerschaften

[1] In der Erstveröffentlichung des Zitats in „Säkularisation und Utopie": Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag im Jahre 1967 lautet es: „der freiheitliche säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann", da es hier jedoch auf die sozialhistorische Rezeption ankommt, beziehen wir uns hier auf die umgangssprachlich bekannt gewordene Version des Satzes.

[2] Ebenfalls Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip (§ 24), insbes. Rn. 11-25.

für Demokratie“ finanziell gefördert. Dafür schließen sich zivilgesellschaftliche Initiativen vor Ort mit der kommunalen Verwaltung zusammen, um in Städten, Landkreisen und Gemeinden lokale Projekte zu unterstützen und Problemlagen zu diskutieren. Das sogenannte „federführende Amt“ das dem Bürgermeister oder Landrat untersteht, leitet diese Gelder weiter.

Landrat? Da war ja was. Im thüringischen Sonneberg gibt es seit vergangenem Sommer den bundesweit ersten AfD-Landrat. Und so überrascht es nicht, dass Robert Sesselmann dort bereits versucht hat, die lokale Partnerschaft für Demokratie aufzulösen. Verhindern konnte das noch in letzter Sekunde der Jugendhilfeausschuss im Kreistag.

Nicht alle Partnerschaften für Demokratie sind auf diese Weise geschützt: Wenn bei ihrer Einrichtung kein Mitspracherecht eines anderen Gremiums geregelt ist, kann der autoritäre Dienstherr an der Spitze kommunaler Ämter die Zusammenarbeit einfach beenden. Denkbar wäre aber auch, dass AfD-Landrät*innen und Bürgermeister*innen bei der Förderauswahl bestimmte Kriterien wie die „Bekämpfung von Rechtsextremismus“ einfach vernachlässigen oder unliebsame Initiativen vor Ort besonders kritisch überprüfen lassen, sodass die Bewilligungsbehörde die Zusammenarbeit freiwillig aufgekündigt. Selbst die jährlich stattfindende „Demokratiekonferenz“ könnte ideologisch instrumentalisiert werden. Schon jetzt haben es kritisch-zivilgesellschaftliche Initiativen in den betroffenen Regionen schwer. Aber lässt sich verhindern, dass ein autoritärer Landrat ihnen endgültig den Boden unter den Füßen wegzieht?

Es gibt Vorschläge, wie Demokratieförderung auch trotz autoritärer Kommunalbehörden weiter funktionieren kann. Sollte ein Landrat wichtige Demokratieprojekte aufkündigen wollen, könnte die lokale Zivilgesellschaft die Antragstellung selbst verwalten – statt wie bisher das federführende Amt. Mit der externen Koordinierungs- und Fachstelle, die auch jetzt innerhalb der Partnerschaften viele Koordinierungsaufgaben übernimmt, gibt es sogar bereits eine Organisation, die für diese Aufgabe prädestiniert erscheint. Voraussetzung wäre allerdings, dass die Demokratieförderprogramme die für die logistische Mehrbelastung notwendigen Stellen ebenfalls finanzieren.

Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?

Aber ist diese Finanzierung an der kommunalen Verwaltung vorbei mit dem Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 S.1 Grundgesetz vereinbar? Ein Eingriff in den „Kernbereich“ dürfte zwar nicht vorliegen, da die kommunalen Verfassungsorgane keiner finalen und unmittelbaren Weisung ausgesetzt sind, sondern sie die neue Konkurrenz im Förderbereich nur mittelbar tangiert. Dennoch: Das Bundesverfassungsgericht hat in der *Rastede*-Entscheidung die Regelung der „Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln […], indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen“ in der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung bei den Gemeinden verortet. Diese Aufgaben, bzw. die Finanzhoheit darüber, könnten hier berührt sein. Gleichzeitig ließe sich dieser Eingriff durch hochrangige Verfassungsgüter, vordergründig die Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bzw. deren Teilaspekte Menschenwürde und Demokratieprinzip, rechtfertigen. Jedenfalls wäre die Eingriffsintensität bzgl. der organisatorischen Frage der Mittelverteilung bei ansonsten gleichbleibenden inhaltlichen Kriterien (die auch jetzt schon nicht in kommunaler Hand liegen) als eher gering anzusehen. Die rechtlichen Bedenken gegenüber dieser Lösung lassen sich also ausräumen. Zwar sollte die Zusammenarbeit zwischen kommunalen Ämtern und der Zivilgesellschaft, die vielerorts gut funktioniert, keinesfalls ohne guten Grund aufgegeben werden. Aber wenn die Alternative ist, dass lokale demokratische Kräfte im Falle einer autoritären Amtsübernahme völlig allein gelassen werden, scheint mehr Staatsferne ein nicht allzu hoher Preis dafür zu sein.

Zukunftsvision des Familienministeriums wird nicht reichen

Eine weiterer Rettungsanker lokaler Initiativen könnte es sein, den bereits existierenden Begleitausschuss zu stärken. Dieser ist vor allem mit Aktiven aus der Zivilgesellschaft besetzt und hat die Aufgabe, spezifische soziale Konfliktlagen und menschenfeindliche Vorfälle in Politik und Gesellschaft zu analysieren und Handlungskonzepte für die jeweilige Region zu entwerfen. Die Vergabe oder Streichung von Fördermitteln könnte (wie vor ein paar Jahren bereits in einer früheren Version des Programms)

so ausgestaltet werden, dass es hierfür rechtsverbindlich die Zustimmung des Begleitausschusses braucht. Damit hätte die Zivilgesellschaft ein Mittel in der Hand, um sich selbst gegen autoritär-populistische Angriffe zu schützen. Flankierend dazu wäre eine Immunisierung der Begleitausschüsse über Selbstergänzungsrechte denkbar, ähnlich wie sie auch für Verfassungsgerichte erwogen werden.

Die rechtsverbindliche Umsetzung dieser Ideen hat das Bundesfamilienministerium unter Lisa Paus über die Förderrichtlinien des Bundesprogramms „Demokratie-Leben" in der Hand. Und am 18. und 19. März wurde der richtungsweisende Programmentwurf für die Förderperiode 2025-2032 vorgestellt. Eine starke Zivilgesellschaft und die wehrhafte Demokratie sind die erklärten Ziele des überarbeiteten Konzepts. Die „Situations- und Ressourcenanalyse", die nun verpflichtend ist, soll dabei sicherstellen, dass eine Partnerschaft sich auch wirklich den lokalen Problemen zuwendet. Das ist ein Schritt in die richtige Richtung.

Aber reicht das? Nach den bisher vorgestellten Eckpunkten wird der Begleitausschuss, der nun „Bündnis" heißt, weiterhin nur eine „Förderempfehlung" aussprechen. Seinen begleitenden Charakter hat das Gremium mit der Namensänderung also nicht abgestreift; stattdessen bleibt das federführende Amt die zentrale Schaltstelle. Damit hat sich an den Missbrauchsmöglichkeiten durch einen autoritären Landrat oder Bürgermeister letztlich nichts verändert. Auch nach einem Ersatzplan für den Fall eines vollständigen Ausstiegs einer Kommune sucht man vergeblich. Das letzte Wort dürfte aber erst mit den finalen Förderrichtlinien gesprochen sein. Das Bundesfamilienministerium hat immer noch die Chance sicherzustellen, dass der ausgerufene „Schulterschluss mit der Zivilgesellschaft" durch rechtliche Absicherung Realität wird.

Demokratieförderung positiv denken

Mindestens genauso unklar ist, wie ein Plan B für gefährdete Demokratieprojekte auf Landesebene aussehen könnte. Derzeit fördert der Bund Landesdemokratiezentren in jedem der 16 Bundesländer. Deren Aufgabe ist es, sicherzustellen, dass die Beratung für Betroffene von rassistischer und anderer menschenfeindlicher Gewalt gesichert ist. Außerdem werden Angebote der Distanzierungs- und Ausstiegsarbeit unterstützt. Sollte es zu einer AfD-Regierung kommen, also potenziell bereits nach den Landtagswahlen diesen Herbst, schlägt auch auf dieser Ebene die Frage auf, ob eine Förderung der Zivilgesellschaft durch den Bund in einem solchen Fall nicht einfach an den Ländern vorbei möglich wäre. Ob der Bund die nötigen Kompetenzen dazu hat, wurde im Zuge der Debatte um das Demokratiefördergesetz lebhaft diskutiert. Insbesondere die FDP hatte Bedenken geäußert: Gefahrenabwehr sei Ländersache. Und aktuell berufen sich die Programme auf eine sehr weitreichende Palette aus politischer Bildung, Vielfaltgestaltung, Verhinderung gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit sowie mit der Extremismusbekämpfung auch auf eine gefahrenabwehrrechtliche Materie.

Aber wird das der Funktion von Demokratieförderung gerecht? Mit der Extremismusbekämpfung wird sie über eine zutiefst repressives Staatsfunktion definiert. Demokratische Subjekte als potenzielle Gefahr für den Bestand des Staates zu betrachten und zu bekämpfen, offenbart jedoch ein veraltetes Verständnis von Demokratie. Wenn der Bereich der Demokratieförderung beide Funktionen übernimmt, Ermöglichung einer pluralen und offenen Gesellschaft bei gleichzeitiger „top-down"-Verhinderung der Ränder, dann setzt sich dies den Einwänden von Überladung und Bevormundung aus. Seit dem *NPD*-Urteil 2017 (BVerfGE 144, 20 – 367) ist klar, dass das Bundesverfassungsgericht die freiheitlich-demokratische Grundordnung – den Kern unserer Verfassung – über die egalitäre Menschenwürde, die demokratische Selbstbestimmung aller Bürgerinnen und Bürger und die Rechtsstaatlichkeit definiert. Damit macht es deutlich, dass es Wesensmerkmal unserer Demokratie ist, dass diese von „unten nach oben" gedacht wird, von der Bürgerin zur Regierung und nicht andersherum. Statt auf „Extremismusprävention" sollte auf politische Bildung gesetzt und die eigenständige Arbeit der Zivilgesellschaft gegen gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit unterstützt werden. Dieser Paradigmenwechsel stellt sicher, nicht einfach „Demokratie per Gesetz" zu verordnen, sondern schlicht die Ermöglichungsbedingungen herzustellen, unter denen die Zivilgesellschaft selbst Partei für die Demokratie ergreifen kann. Auch die wichtigen Beratungs- und Ausstiegsprogramme ließen sich mit dieser Zielsetzung weiter unterstützen. Und ganz nebenbei: Für diese bei-

[3] So argumentiert auch Tim Wihl in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Demokratiefördergesetzes.

den Felder hätte der Bund auch die Gesetzgebungskompetenz.[3]

Demokratieförderung als ziviler Verfassungsschutz

Dies eröffnet freilich einige Folgefragen. Sollte etwa die Einstufung des Verfassungsschutzes ausschlaggebend für die Entscheidung sein, ob eine bestimmte Institution nach Übernahme durch eine von diesem als „extrem" eingestuften Partei noch formal gefördert werden darf? Die Bezugnahme auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung als Konnex zwischen Einstufung durch den Verfassungsschutz, Verfassungswidrigkeit einer Partei gem. Art. 21 Abs. 2 Grundgesetz und Leitbild der Demokratieförderung könnte das zwar nahelegen. Und in Zeiten eines vermeintlich rechtlich scharfgestellten Neutralitätsgebotes greifen staatliche Institutionen gerne nach Strohhalmen, um gegen eine Partei, der die Verfassungsfeindlichkeit „auf die Stirn geschrieben steht", etwas in der Hand zu haben.

Damit macht man es sich jedoch zu leicht. Nicht nur aufgrund der intransparenten Arbeitsweise, auch aufgrund dessen maßgeblicher Zielsetzung, den Bestand von Bund- und Ländern zu gewährleisten (§ 3 Abs. 1 S.1 Nr.1 BundVerfSchG) wird deutlich, dass der Verfassungsschutz als Sicherheitsbehörde nicht für Fragen der Demokratieförderung zuständig sein sollte. Auch die Weisungsgebundenheit der Landesverfassungsschutzämter gegenüber einem autoritär-populistischen Innenministerium lässt bezweifeln, dass es sich um eine dauerhaft resiliente Lösung handelt. Vielmehr braucht es transparente und wissenschaftlich fundierte Kriterien, um eine Förderung verfassungsfeindlicher Ideologien zu erschweren. In diesem Zuge sollte man die Möglichkeit schaffen, die Kooperation mit Landesministerien eigenständig aufzukündigen, wenn diese von einer Partei besetzt sind, die sich erwiesenermaßen gegen die Menschenwürde und andere wesentliche Strukturentscheidungen unserer Verfassung richtet. Dabei könnten die Einstufungen des Verfassungsschutzes Indizwirkung entfalten, wie es auch im Falle des Parteistiftungsfinanzierungsgesetzes (§ 2 Abs. 5 S.2 StiftFinG) oder des Gemeinnützigkeitsrechts (§ 51 Abs. 3 S.2 AO) der Fall ist. So kann verhindert werden, den Verfassungsschutzämtern die Letztentscheidungskompetenz zuzuschreiben. Diese sollte beim Ministerium bleiben, dass sich dabei für Entscheidungen demokratisch verantworten und Prüfungen transparent durchführen muss.

Eine Konzentration aller zivilgesellschaftlichen Fördermittel beim Bund darf ebenfalls nicht das Ziel sein. Der aktuelle Ansatz, mit Bundesebene, Landesdemokratiezentren und Partnerschaften für Demokratie alle föderalen Ebenen des Staates miteinzubeziehen, ist im Sinne einer pluralen und dezentralen Zivilgesellschaft wünschenswert. Daraus folgt, dass die Umgehung der Länderebene *ultima ratio* ist und die Rolle der Zivilgesellschaft auch bei der Vergabe der Fördermittel gestärkt werden muss. Der entsprechende Drahtseilakt zwischen Immunisierung vor verfassungsfeindlichen Kräften und Verhinderung eines Zentralisierungstrends ist nicht einfach. Mit dem Demokratiefördergesetz gibt es aktuell aber einen Aufschlag, um gegenüber den ministerialen Richtlinien nochmals demokratische Legitimation zu erlangen. Damit wird im besten Fall „Demokratieförderung" neu als Herstellung derjenigen Voraussetzungen konzeptioniert, die einen nachhaltigen zivilen Verfassungsschutz durch die Zivilgesellschaft selbst erlaubt.

Mehr als „midcult"

Die Mühe wert ist dieser Aufwand allemal. Die Zivilgesellschaft ist vielerorts die letzte Brandmauer gegen autoritäre und menschenfeindliche Strukturen und die erste Anlaufstelle für Betroffene rassistischer Gewalt. Die größten Demonstrationen seit 1990 haben die Kraft gezeigt, die in der Zivilgesellschaft steckt, wenn es um Ablehnung grade des menschenfeindlich-völkischen Gedankenguts geht. Aufgegriffen wurde dieses Potenzial bisher vor allem rhetorisch; politische Konsequenzen sind längst überfällig. Diese affektive Dynamik erinnert verdächtig an einen liberal-demokratischen „midcult". Es wird Zeit, den Bereich der Demokratieförderung auch rechtlich anhand der Substanz unserer Verfassung auszurichten, bevor andere den Kampf um die demokratische Deutungshoheit gewinnen.

Eine kürzere Fassung des Textes erschien am 30. März 2024 als Gastbeitrag auf Spiegel Online.

Andreas Nitschke

Die Beamtenschaft zwischen Courage und Pflicht

Konfliktlagen für Beamt:innen bei Weisungen einer autoritär-populistischen Hausspitze

doi: 10.59704/ec61693aa2c78618

In den nächsten Wochen stehen in diversen Bundesländern Kommunalwahlen an, im September in Brandenburg, Sachsen und Thüringen Landtagswahlen. Welche Reaktionsmöglichkeiten oder gar -pflichten bestehen für die Beamtenschaft, falls Funktionäre einer autoritär-populistischen Partei in höchste Verwaltungspositionen gelangen und in der Folgezeit im Dienst juristisch bedenkliche Anordnungen erteilen sollten? Wie die Beamtengesetze zeigen, können Beamt:innen in solchen Konstellationen in rechtliche und emotionale Unsicherheits- und Konfliktsituationen geraten, die nicht unterschätzt werden sollten.

Die beamtenrechtliche Folgepflicht und Reaktionsmöglichkeiten

Beamt:innen trifft die sogenannte Folgepflicht gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 Bundesbeamtengesetz (BBG)/§ 35 Abs. 1 S. 2 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG). Sie sind danach verpflichtet, die von ihren jeweiligen Vorgesetzten erlassenen dienstlichen Anordnungen auszuführen sowie deren allgemeine Richtlinien zu befolgen. Dies gilt selbstverständlich unabhängig von der politischen Couleur der Vorgesetzten oder generell des Leitungspersonals einer Behörde. Für den Fall also, dass eine autoritär-populistische Partei nach den Wahlen die Hausspitzen von beispielsweise Ministerien oder Rathäusern mit ihren Parteimitgliedern besetzen kann, müssten demnach alle Beamt:innen grundsätzlich sämtliche Weisungen dieser neuen Führung befolgen.[1]

Obwohl die Beamtenschaft insofern weisungsgebunden ist, tragen Beamt:innen gemäß § 63 Abs. 1 BBG/§ 36 Abs. 1 BeamtStG für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen selbst die volle persönliche Verantwortung. Das gilt auch für den Fall, dass zuvor eine entsprechende Weisung ergangen ist. Man soll sich also als Beamt:in gewissermaßen nicht einfach auf „blinden Befehlsgehorsam“ berufen können.

Im Falle rechtswidriger Weisungen durch Vorgesetzte sehen die Beamtengesetze daher die sogenannte Remonstration vor, also das Recht – und nach ganz herrschender Meinung zugleich auch die Dienstpflicht[2] – der Beamt:innen, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen auf dem Dienstweg in Form einer Gegenvorstellung geltend zu machen (vgl. § 63 Abs. 2 BBG S.1/§ 36 Abs. 2 S.1 BeamtStG). Das bedeutet, dass entsprechende Bedenken zunächst gegenüber der beziehungsweise dem Vorgesetzten vorgetragen werden müssen. Sollte die Weisung aufrechterhalten werden, muss man sich an die nächsthöhere Vorgesetztenstelle wenden (vgl. § 63 Abs. 2 BBG S. 2/§ 36 Abs. 2 S. 2 BeamtStG).

Bereits diese Forderung des Gesetzes kann für Beamt:innen einen gewissen Druck erzeugen. Denn die Remonstration beeinträchtigt zumindest die Reibungslosigkeit des Verwaltungshandelns und damit mittelbar auch die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Behörde, da die Weisung zunächst (grundsätzlich[3]) nicht ausgeführt wird. Es kommt gewissermaßen Sand ins Getriebe der Verwaltungsmaschinerie. Ferner – und im Einzelfall vielleicht sogar bedeutsamer – könnten als Konsequenz einer Remonstration persönliche Nachteile zu befürchten sein. Denn man gibt gegenüber Vorgesetzten „Widerworte“ und stellt die Rechtmäßigkeit ihrer Anordnungen offen in Frage. Für die eigene Karriere dürfte es schwerlich von Vorteil sein, in der Chefetage als „Querulant“ zu gelten. Das Gesetz ist allerdings deutlich und fordert von den

[1] Zur „offensichtlichen Rechtswidrigkeit” jenseits der qualifizierten Fälle der Remonstration vgl. z.B. Schachel, in: Schütz/Maiwald, BeamtStG, April 2019, § 35, Rn. 8; Grigoleit, in: Battis, BBG, 6. Auflage 2022, § 63, Rn. 6 m.w.N.

[2] Vgl. dazu Lindner, ZBR 2015, S. 412 ff. m.w.N.; anders Kawik, ZBR 2015, S. 243 ff.

[3] Näher zum Suspensiveffekt und möglichen Ausnahmen vgl. Weinrich, in: Brinktrine/Schollendorf, Beck-Onlinekommentar Beamtenrecht, BeamtStG, 32. Edition, Stand: 15.01.2024, § 36, Rn. 65 und Rn. 80 ff. je m.w.N.

Beamt:innen entsprechendes Rückgrat.

„Next level Remonstration“: Straftatbestände, Ordnungswidrigkeiten und Menschenwürdeverletzungen

Es könnte aber noch schlimmer kommen: Denn für den Fall, dass die Weisung auch von der nächsthöheren Stelle bestätigt werden sollte, haben Beamt:innen zwar grundsätzlich ihre Schuldigkeit getan. Sie müssen die Weisung dann ausführen, sind dafür aber auch von ihrer eigenen Verantwortung befreit (§ 63 Abs. 2 S. 3 BBG/§ 36 Abs. 2 S. 3 BeamtStG). Dies gilt nach § 63 Abs. 2 S. 4 BBG/§ 36 Abs. 2 S. 4 BeamtStG allerdings dann nicht, „wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist.“

In solchen Sondersituationen genügt es für Beamt:innen also nicht, lediglich auf ihre Bedenken hinzuweisen. Sie müssen die Ausführung der Weisung im Falle ihrer Aufrechterhaltung sogar verweigern. Damit riskieren sie nicht nur die oben genannten Konsequenzen. Da sie eine konkrete Weisung nicht umsetzen, droht die Einleitung eines Disziplinarverfahrens wegen eines Verstoßes gegen die Folgepflicht. Die Ungewissheit, ob wirklich eine strafbare, ordnungswidrige oder die Würde des Menschen verletzende Weisung vorgelegen hat, so dass letztlich die Verweigerung der Ausführung keinen Verstoß gegen die Folgepflicht darstellt, tragen für die Dauer des (behördlichen und ggf. nachfolgenden gerichtlichen) Disziplinarverfahrens die Beamt:innen. Die damit einhergehenden emotionalen Belastungen sollten nicht unterschätzt werden.

Entziehen sich Beamt:innen dieser Pflicht, indem sie nicht remonstrieren und die Weisung ausführen, laufen sie in den eben dargestellten Konstellationen ebenfalls Gefahr, ein Dienstvergehen in Form eines Verstoßes gegen die Remonstrationspflicht zu begehen – auch wenn fraglich erscheint, ob ein Dienstvorgesetzter ein Disziplinarverfahren bei einer eigenen Weisung einleiten würde. Darüber hinaus würden sich Beamt:innen eventuell selbst strafbar machen oder eine Ordnungswidrigkeit begehen. In gewissem Sinne haben sie in diesen Extremsituationen die Wahl zwischen Pest und Cholera.

Unsicherheiten in den Randbereichen

Ein großer Unsicherheitsfaktor dürfte in der Praxis obendrauf kommen: Aufgrund der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist in Grenzfällen gerade nicht eindeutig, ob beziehungsweise wann genau eine Weisung wirklich strafbar, ordnungswidrig oder die Menschenwürde verletzend ist. Insbesondere in Bezug auf die Menschenwürde („was sie bedeutet ist aber durchaus streitig“, Möllers), deren historische Entwicklung von nicht wenigen Forschern nachvollziehbar als „keineswegs konsequent“ (Knoch, S. 17) angesehen wird, können sich im Einzelfall auch unter Zugrundelegung der verfassungsrechtlichen Begrifflichkeiten und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schwierige Abgrenzungsfragen stellen. So kann beispielsweise im Polizeibereich fraglich sein, wann genau sich eine Maßnahme als eine mit dem Gleichheitssatz und der Menschenwürde nicht mehr in Einklang zu bringende polizeiliche „Diskriminierung aus rassistischen Gründen“ (dazu Ruch, S. 83 ff.) darstellt. Gleiches gilt in Bezug auf das Strafrecht, das mit den Worten Depenheuers zunehmend auch Verhaltensweisen pönalisiert, „deren sozialethischer Unwertgehalt nicht von vorneherein und mit allgemeiner Evidenz feststeht.“[4]

Es wird von den Beamt:innen aber jedenfalls erwartet, im Rahmen der ihnen durch die jeweilige Aus- und Fortbildung vermittelten Rechtskenntnisse sowie unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Ermittlungsansätze Weisungen nach bestem Wissen und Gewissen bei Anhaltspunkten auf entsprechende Verletzungen zu prüfen.[5] Negative Konsequenzen treffen Beamt:innen nach durchgeführter Remonstration allerdings nur, wenn sie Weisungen ausführen, deren Strafbar- beziehungsweise Ordnungswidrigkeit tatsächlich gegeben und selbige auch „erkennbar ist“.[6] Hier dürfte für die Beamtenschaft ein weiterer und wohl auch der entscheidende Unsicherheitsfaktor bestehen: Denn wenn schon die objektivrechtliche Einordnung im Einzelfall herausfordernd sein kann, dann dürfte dies für die subjektive Erkennbarkeit der qualifizierten Rechtswidrigkeit erst recht gelten.

[4] Depenheuer, DVBl. 1992, S. 404 (410).

[5] Hierzu Lindner, ZBR 2015, S. 412 ff.

[6] Zum Kriterium der Erkennbarkeit im Falle der Verletzung der Menschenwürde vgl. unter anderem Schachel, in: Schütz/Maiwald, BeamtStG, Februar 2024, § 36, Rn. 17 m.w.N.

Auch eingedenk der Notwendigkeit einer handlungsfähigen Verwaltung kann es nach durchgeführter Remonstration gerade bei Weisungen „von ganz oben“[7] für Beamt:innen im Einzelfall ausgesprochen fordernd bis überfordernd sein zu erkennen, ob diese noch rechtmäßig oder schon rechtswidrig sind – möglicherweise sogar im qualifizierten Sinne, also strafbar, ordnungswidrig oder die Menschenwürde verletzend. Eine missliche Situation.[8]

Sich als Beamt:in vor diesem Hintergrund aber pauschal darauf zu berufen, kein Jurist und/oder Straf- bzw. Menschenwürdespezialist zu sein und insofern gewissermaßen den Kopf in den Sand zu stecken, dürfte aber kein Ausweg sein und ist bereits im Lichte von § 63 Abs. 1 BBG/§ 36 Abs. 1 BeamtStG nicht ratsam. Angesichts der nunmehr bereits seit längerer Zeit medial intensiv geführten Diskussion über den Umgang mit autoritär-populistischen Parteien sowie die von ihnen ausgehenden potenziellen Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung wird jedenfalls ein sensibilisiertes Mitdenken seitens der dem demokratischen Rechtsstaat verpflichteten Beamtenschaft ebenso erwartet werden müssen wie eine dem hier angedeuteten Szenario gerecht werdende Prüfung unter gebotener Anspannung der jeweiligen individuellen Fähigkeiten. Bei evidenten und gravierenden Rechtsverletzungen ist die Beamtenschaft daher gefordert.

Ausblick

In der bis heute von den Verwaltungsgerichten immer wieder zitierten Radikalenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1975 heißt es, dass der freiheitliche demokratische Rechtsstaat gerade in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen darauf angewiesen sei, dass die Beamtenschaft Partei für ihn ergreift. Staat und Bürger:innen müssten „sich darauf verlassen können, daß der Beamte in seiner Amtsführung Verantwortung für diesen Staat, für ‚seinen‘ Staat zu tragen bereit ist (…).“ Die Zukunft wird zeigen, ob und auf welche Weise sich das Instrument der Remonstration in dem hier nur in groben Umrissen aufgezeigten Szenario bewähren muss.

[7] Vergleiche zur möglichen Einflussnahme der Hausspitze auf das operative Geschäft auf Landeseben statt vieler nur SWR-Kultur-Podcast, ca. Minute 21.

[8] Für Weinrich, in: Brinktrine/Schollendorf, Beck-Onlinekommentar Beamtenrecht, BeamtStG, 32. Edition, Stand: 15.01.2024, § 36, Rn. 106 m.w.N. ist sie „besonders unglücklich”; vgl. auch Depenheuer, DVBl 1992, S. 404 ff., der daher aufgrund der ansonsten zu befürchtenden Überforderung der Beamt:innen nur offensichtliche Verletzungen von der Remonstrationspflicht erfasst wissen will.

Carl Seemann

Von frommen Wünschen und dicken Knüppeln

Art. 28 Abs. 3 GG als Anspruchsnorm der Länder gegen den Bund

doi: 10.59704/bdcdcc7e70c4b45a

Die Politik einer autoritären Landesregierung wird nicht an den Grenzen des von ihr regierten Bundeslandes haltmachen. Dafür ist das föderale Gefüge der Bundesrepublik viel zu sehr auf Kooperation und Koordination ausgelegt. Wie für einzelne Bürger*innen stellt sich auch für die Bundesländer die Frage, wie sie auf autoritäre Regierungen jenseits der eigenen Landesgrenzen reagieren können.

„In den alten Zeiten, wo das Wünschen noch geholfen hat…“

Den föderalen Idealzustand, der von Rücksichtnahme und Verständigung geprägt ist, fasst die Staatsrechtslehre unter den Begriff der Bundestreue. Beinahe zu schön für einen Rechtsbegriff, hat dieses Wort in seiner zwangsläufigen Vagheit etwas wolkig-märchenhaftes. Handfeste Politikfelder mit Reibungspotenzial zwischen den Bundesländern gibt es allerdings zuhauf. So mag es durchaus politisch opportun sein bei der Planung und Durchführung grenzüberschreitender Infrastrukturprojekte (vgl. hier) oder der Verteilung von Asylsuchenden (vgl. hier) die Bundestreue einmal hintanzustellen. Kommt es so doch zum Streit, können Länder Gerichte anrufen, deren Entscheidungen die unterlegene – aber darum nicht weniger wie ein Ehrenmann agierende – Partei auch befolgt. Die Knüppel bleiben unter diesen Idealbedingungen im Sack.

Allerdings verbreitet sich gegenwärtig die Erkenntnis, dass zwischen staatsrechtlichen Wünschen und der Wirklichkeit Unterschiede bestehen und auch Klagen und Urteile – und sei es in und aus Karlsruhe – nicht immer helfen (vgl.: hier und hier). Exekutiver Ungehorsam, also die politisch motivierte Missachtung von Gerichtsentscheidungen, könnte für eine autoritäre Landesregierung eine attraktive Strategie werden. Dann tun Knüppel not und es stellt sich die drängende Frage, wer das Zauberwort sprechen darf, um sie aus dem Sack zu lassen. Art. 28 Abs. 3 GG gibt den Bundesländern insoweit die Möglichkeit, kompetente Hilfe einzufordern.

„Den Sack kann ich umhängen, und er kann mir gute Dienste leisten, aber was soll der Knüppel darin?“

Ruhige Zeiten weisen die im Grunde erfreuliche Eigenschaft auf, dass Zwangsmittel aus der Übung kommen und man manchmal sogar vergisst, wie man sie anzuwenden hat. Das Grundgesetz verspricht da Abhilfe: Es entstand vor dem Hintergrund gänzlich anderer historischer Zeiten. Die Erfahrung des Endes der Weimarer Reichsverfassung, die es prägte, macht es für die freiheitliche Gesellschaft zu einem Erinnerungsort. Art. 28 Abs. 3 GG ist eine der Normen, die uns vergegenwärtigen, dass verfassungsrechtlich fromme Wünsche im Ernstfall auch durchgesetzt werden müssen.

Das sogenannte Homogenitätsgebot aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG schränkt die Verfassungsautonomie der Länder ein und verpflichtet sie auf grundlegende Ordnungsstrukturen. Dazu gehört unter anderem die Rechtsstaatlichkeit. Über den Bereich des gesetzten Rechts hinaus, verpflichtet er die Länder auch dazu, die gelebte Verfassungswirklichkeit an diesen Grundsätzen auszurichten. Die Länder sind somit einerseits gehalten, das Gerichtswesen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu organisieren und die richterliche Autonomie zu gewährleisten. Gleichzeitig gebietet Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG mit Blick auf die Verfassungswirklichkeit, dass die Entscheidungen der Judikative auch effektiv umzusetzen bzw. durchsetzbar sind. Art. 28 Abs. 3 GG erhebt den Bund zum Garanten der Grundsätze aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Wird die Rechtsstaatlichkeit in einem Land in einzelnen Bereichen oder in Bezug auf bestimmte Personengruppen systematisch und kontinuierlich missachtet, nimmt Art. 28 Abs. 3 GG den Bund in die Pflicht, dem Rechtsstaat in der Verfassungswirklichkeit wieder zur Geltung zu verhelfen. Ein Garantiefall löst folglich eine Handlungspflicht des Bun-

des aus. Wie der Bund dieser Pflicht nachkommt, um die Rechtsstaatlichkeit wieder zu gewährleisten, liegt dabei in seinem Ermessen. Seine Möglichkeiten reichen von informeller Einflussnahme und Klagen in Karlsruhe bis hin zum sogenannten Bundeszwang nach Art. 37 Abs. 1 GG. Gerade letztgenanntes Instrument erlaubt der Bundesregierung – allerdings nur mit Zustimmung des Bundesrates – weitreichende Eingriffe in die Kompetenzen einer renitenten Landesregierung.[1]

„Hat dir jemand etwas zuleid getan, so sprich nur: ‚Knüppel, aus dem Sack!' "

Zwar mag es beruhigend sein, dass auf dem Dachboden des Bundes dieser Knüppel im Sack[2] vor sich hin staubt. Doch muss den, der sich nötigenfalls auf seinen Einsatz verlassen mag, die Frage interessieren, ob ein politisch zögerlicher Bund im Garantiefall auch klageweise dazu gebracht werden könnte, den Sack hervorzuholen. Tatsächlich ist die Frage umstritten, ob dem durch Art. 28 Abs. 3 GG zum Garanten erhobenen Bund auch Berechtigte Dritte gegenüberstehen, die diesen im Ernstfall in Anspruch nehmen können.

Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 3 GG ist insofern unergiebig: Der Begriff des *Gewährleistens* gibt es sowohl her, ihn als allein objektiv-rechtliche Pflicht des Bundes aufzufassen[3] – ähnlich wie im Falle der Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 GG [4] („*übt die Aufsicht … aus*"). Gleichzeitig erlaubt er es aber auch (man denke etwa an die zivilrechtliche Gewährleistung), an subjektiv Berechtigte zu denken.

In systematischer Hinsicht wird gegen eine Vermittlung subjektiver Rechtspositionen durch Art. 28 Abs. 3 GG vorgebracht, dass die Norm im zweiten Abschnitt des Grundgesetzes verortet ist, der die Stellung und Organisation des Bundes und der Länger regelt.[5] Dieser Einwand ist in Bezug auf die Frage, ob durch Grundrechtsverstöße benachteiligte Bürger*innen über Art. 28 Abs. 3 GG ein Anspruch gegen den Bund auf Einschreiten herleiten können, durchaus bedenkenswert.[6] In der Diskussion um Ansprüche anderer Bundesländer, greift er aber gerade nicht durch.[7]

Vor diesem Hintergrund wird in der Hauptsache gegen ein subjektives Recht der Länder aus Art. 28 Abs. 3 GG angeführt, dass es schlichtweg kein Bedürfnis gebe, den Bund in Fällen einer Beeinträchtigung eines Landes durch ein anderes zur Hilfe zu rufen. Länder, die durch Verstöße gegen die Grundprinzipien aus Art. 28 Abs. 1 GG in einem anderen Land beeinträchtigt würden, hätten schließlich effektive Möglichkeiten eines direkten rechtsförmigen Vorgehens gegen entsprechende Verstöße.[8] Der Weg über Art. 28 Abs. 3 GG sei entbehrlich: Das Land könne bei einer Störung seiner Ordnung durch einen Garantiefall im Nachbarland bspw. einen Länderstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 2. Alt. GG anstrengen, was schnellere Abhilfe verspreche als umständlich einen Anspruch gegen den Bund zu konstruieren und damit ein weiteres Verfahren einzuleiten.[9]

Der Einwand fehlender Bedürfnisse der Länder ist zunächst schon kein besonders kategorischer.[10] Wirkmächtige Stimmen der Staatsrechtslehre hielten es ferner

---

[1] Zum Zusammenhang von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 3 GG vgl. insbesondere: Till Patrik Holterhus: Muss der Bund die gerichtliche Autorität in den Ländern sichern? – Zu den föderalen Gewährleistungspflichten aus Art. 28 Abs. 3 GG, in: ders./Fabian Michl (Hrsg.): Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, Tübingen 2022, S. 95-110.

[2] Zu Art. 37 GG als Knüppel im Sack vgl.: Schubert, in: Sachs, 9. Aufl., Art. 37, Rn. 3.

[3] So etwa: Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Mai 2023 Lfg. 101, Art. 28, Rn. 342; Mann, in: Bonner Kommentar, 189. Aktualisierung Februar 2018, Art. 28, Rn. 291.

[4] Vgl.: BVerwG, Beschluss vom 1. September 1976 – VII B 101.75.

[5] Vgl.: Mann, in: Bonner Kommentar, 189. Aktualisierung Februar 2018, Art. 28, Rn. 291; Isensee, HStR VI, 3. Aufl., § 126, Rn. 133, Fn. 363.

[6] Dafür aber bspw.: Herbert Bethge: Die Grundrechtssicherung im föderativen Bereich, AöR (1985), S. 169-218.

[7] So auch Philipp Koepsell: Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, Tübingen 2023, S. 254, Fn. 147: „Allenfalls Länder und Gemeinden können einen einklagbaren Anspruch haben".

[8] Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, Mai 2023, Art. 28 Rn. 340-342; Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl., Art. 28, Rn. 52; Mann, in: Bonner Kommentar, 189. Aktualisierung Februar 2018, Art. 28 Rn. 291.

[9] Dreier, in: Dreier, 3. Aufl., Art. 28, Rn. 172; Mann, in: Bonner Kommentar, 189. Aktualisierung Februar 2018, Art. 28, Rn. 291.

[10] So ausdrücklich Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu, 15. Aufl., Art. 28, Rn. 188, der von „grds." Entbehrlichkeit spricht oder Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl., Art. 28, Rn. 268, der einen Anspruch nicht ausschließt, aber „äußerste Zurückhaltung" für geboten hält.

für einen „Selbstwiderspruch“ den Bund zum Garanten höchstrangiger Güter und Rechtsprinzipien zu machen und den dadurch Begünstigten gleichzeitig einen Anspruch zu versagen. Gerade verfassungstreue Länder hätten ein schutzwürdiges Interesse an einem Einschreiten des Bundes, da die Inhomogenität in nur einem Land Störungen für die Ordnung verfassungstreuer Länder gewärtigen ließe.[11] Entsprechende Szenarien, in denen exekutiver Ungehorsam in einem Land in Mehrbelastungen anderer Bundesländer umschlägt, liegen auf der Hand, etwa wenn ein Land seinen asylrechtlichen Leistungs- und Aufnahmeverpflichtungen nicht nachkäme und sich auch durch Urteile zugunsten der hierdurch rechtswidrig Benachteiligten keines Besseren belehren ließe.

Gerade vor dem Hintergrund der jüngsten Einzelfälle exekutiven Ungehorsams gegen Gerichtsurteile halten auch neuere Stimmen der Kommentarliteratur einen Anspruch der Länder aus Art. 28 Abs. 3 GG dann für gegeben, wenn der Homogenitätsverstoß deren Rechte betrifft und ihnen ein Einschreiten des Bundes im Einzelfall zugutekommen würde.[12] Diese Voraussetzungen wären – beispielsweise im oben genannten Szenario – nicht von der Hand zu weisen. Schließlich haben die Länder eigene exekutive Durchsetzungsmöglichkeiten, wie sie Art. 37 Abs. 1 GG dem Bund gewährt, gerade nicht. Auch ein Gang nach Karlsruhe gegen den Störenfried hätte unter Umständen weniger Durchschlagskraft als einem lieb wäre. Zwar gibt § 35 BVerfGG dem BVerfG theoretisch unbegrenzte Vollstreckungsmöglichkeiten. Bisher agierte das BVerfG in den seltenen echten Vollstreckungskonstellationen, mit denen es konfrontiert war, üblicherweise zurückhaltend. Und das mag – jenseits der Tatsache, dass es dem Selbstbild einer Institution widerspräche, deren Autorität auf Akzeptanz beruht – auch taktische Gründe haben.[13] Einer davon ist, dass im Falle einer renitenten Landesregierung, die sich in den Landesinstitutionen eingenistet hat, unzählige Möglichkeiten bestünden durch scheinbares Einlenken eine Vollstreckung, die stets vergangenheitsbezogen ist und irgendwann ihr Ende erreicht, zu einem Abschluss zu bringen und nach kurzer Zeit eine rechtsstaatswidrige Praxis wieder aufzunehmen. Die verfassungstreuen Länder hätten nichts gewonnen und das BVerfG wäre blamiert. Der Weg über Art. 28 Abs. 3 GG hätte somit den zusätzlichen Vorzug, das BVerfG aus der vollstreckungsrechtlichen Schusslinie zu nehmen. Vor allem zeigen diese Überlegungen aber, dass der Einwand der Entbehrlichkeit nicht zu überzeugen vermag.

Sogar dem Bund wäre durch einen Gang der Länder vor das BVerfG über Art. 28 Abs. 3 GG im Ergebnis geholfen: Seine Zögerlichkeit hat mit Blick auf die problematische Geschichte der Vorgängerinstitute des Bundeszwangs[14] gute Gründe. So brachte die Absetzung der demokratischen Regierung in Preußen im Wege der Reichsexekution im Jahr 1932 die Weimarer Republik ihrem Ende einen großen Schritt näher. Der Vorwurf eines neuen autoritären „Preußenschlages“ läge nahe. Eine Aktivierung durch die Länder – ggf. in einem Verfahren vor dem BVerfG – gäbe dem Bund eine rechtssichere und legitime Basis beim Einsatz des Bundeszwangs.

Fairytale gone bad?

Zu einer wehrhaften Verfassung abseits beruhigender Märchenmetaphern, die rasche Abhilfe durch das Sprechen von Zauberworten verheißen, gehört auch, dass sich (Fach-)Öffentlichkeit und Institutionen mit politisch praktikablen und die rechtsstaatliche Integrität der Verfassung wahrenden Möglichkeiten ihres Einsatzes befassen. Sonst mag man sich unversehens in der Rolle eines unter erheblichen frustrierten Aggressionen leidenden Liberalen wiederfinden, für den der Einsatz eines Knüppels für „Freiheit Recht und Ruh“ nur mehr Gegenstand frommer Wünsche sein kann:

„O Märchen, würdest du doch wahr
Nur Einen einz’gen Tag im Jahr,
O Knüppel aus dem Sack!“

Kurz bevor diese Zeilen geschrieben wurden, hatte ein

[11] Stern, in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), Art. 28, Rn. 187, 191; ders.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl., München 1984, S. 712.

[12] Ernst, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl., Art. 28, Rn. 202, 205; vgl. auch: Pieroth in: Jarass/Pieroth, 14. Aufl., Art. 28, Rn. 54; Vogelsang, in: Berliner Kommentar, 7. Erg. Lfg. XII/02, Art. 28 Rn. 199.

[13] Vgl.: Christian Waldhoff: Kann sich das Bundesverfassungsgericht durchsetzen? Verfassungsrechtsprechung zwischen Autorität und Zwang, in: Till Patrik Holterhus/Fabian Michl (Hrsg.): Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, Tübingen 2022, S. 53-72.

[14] Vgl. hierzu: Foroud Shirvani: Die Bundes- und Reichsexekution in der neueren Deutschen Verfassungsgeschichte, Der Staat (2011), S. 102-121 (116ff.).

autoritär regierender deutscher Landesvater die Landesverfassung aufgehoben. Hochschullehrer, die daraufhin wagten, ihre Stimme zu erheben, wurden des Amtes und teils des Landes verwiesen. Unter ihnen waren die Gebrüder Grimm.

Christoph Möllers

Mythos Wertefundament

75 Jahre Grundgesetz

doi: 10.59704/9422299754bcf2e0

In einer Gesellschaft, die sich über alles Mögliche mit zunehmender Aggressivität streitet, scheint das Grundgesetz, dessen 75. Geburtstag jetzt allenthalben begangen wird, eine Art letzter Fixpunkt des Konsenses zu sein. Man hält sich an ihm fest und ist dafür dankbar. Dies ist auch deswegen erstaunlich, weil dieses Grundgesetz ja nicht sonderlich weit entfernt vom politischen Streit operiert. Es ist kein viel geliebtes Kulturgut wie die Bilder Caspar David Friedrichs oder die deutsche Nationalmannschaft in ihren besseren Zeiten, sondern das Medium in dem und um das gestritten wird. Tatsächlich gibt es viele Indizien dafür, dass es mit dem Konsens um das Grundgesetz nicht weit her ist.

Einig sind wir uns über wesentliche Elemente des Grundgesetzes nur auf einer semantischen Ebene. Niemand ist gegen die Menschenwürde, was sie bedeutet ist aber durchaus streitig. Dass Menschenrechte und andere Verfassungsgüter Formelkompromisse sind, ist nichts Neues, noch nicht einmal etwas Schlimmes. Nur deswegen war es möglich, dass säkulare Sozialdemokraten und naturrechtliche Christdemokraten dem Grundgesetz zustimmten. Nur so gelang es in der gleichen Epoche, dass die Vereinigten Staaten, China und die Sowjetunion sich auf die UN-Charta einigen konnten. Doch darf man nicht erwarten, dass solche Formeln Ausdruck einer tieferen Übereinstimmung wären. Ob die Menschenwürde uns verpflichtet, Ertrinkende im Mittelmeer zu retten, darüber gibt es keinen Konsens. Und dass die Meinungsfreiheit rassistische, sexistische und antisemitische Äußerungen vor Sanktionen schützt, wird heute eher ungern laut gesagt. Schlimmer noch: Manche sagen es nicht über sexistische, andere nicht über antisemitische Äußerungen, um bestimmte Communities nicht zu verprellen. Inhaltsneutraler Schutz, das Herz der Meinungsfreiheit, funktioniert als Grenze staatlichen Handelns aber nur, wenn diese einigermaßen gesellschaftlich akzeptiert wird.

Nun war die Vorstellung, wir bewegten uns auf einem „gemeinsamen Wertefundament“, immer schon ein Griff in die falsche Metaphernwelt. Verfassungen leben in erster Linie von der Konstitution von Ämtern und der Einrichtung von Verfahren, in denen der Dissens eine Form bekommt. Dass der Bundeskanzler vom Bundestag gewählt wird, ist heute weit weniger umstritten als die Bedeutung der Meinungsfreiheit. Ein politisches System wird von den Teilen getragen, die beweglich sind. Aber wenn dem so ist, muss man gerade am Verfassungstag auch anders über die Verfassung sprechen.

Das zeigt sich auch an der Frage des Verfassungsschutzes. Die Verfassung, die uns schützen soll, ihrerseits zu schützen, ist eine interessante, keineswegs selbstverständliche Idee. Vor allem ist es keine Idee, über die irgendein Konsens herrschen würde. Der Streit über die Anwendung des Parteiverbotsverfahrens oder über die Aufgaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz verläuft keineswegs entlang der Linie von vermeintlichen Verfassungsfeinden und Verfassungsfreunden, sondern klar innerhalb des liberal-demokratischen Lagers, das in dieser Frage eben kein Lager bilden kann. Wiederum ist der Dissens wenig erstaunlich. Die Einsicht, dass das Fundamentale auch das Umstrittene ist, muss sich in solchen Verfahren besonders zuspitzen. Denn in den Institutionen des Verfassungsschutzes liegen die Pflicht zum Schutz der Verfassung und deren schwere Verletzung hautnah beieinander. Selbst wenn eine politische Partei sich klar nicht mehr auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung befindet, reicht das alleine nicht hin, um sie zu verbieten. Wie oft im Rechtsstaat erweisen sich scheinbar klare Linien bei näherer Hinsicht als komplizierte Gebilde. Wenn man das einmal verstanden hätte, könnte mit dem Verschwinden falscher Konsenserwartungen vielleicht etwas von der Zivilität der Auseinandersetzung wiederkehren.

Was aber feiern wir eigentlich, wenn wir das Grundgesetz feiern? Wenn man der konsensbezogenen Lesart folgt, die, wenn ich es recht sehe, die Festartikel dominiert, dann feiern wir die rechtlichen Sicherungen vor einem gefährdeten und potentiell gefährlichen politischen

Prozess, namentlich die Grundrechte und das Bundesverfassungsgericht. Das kann man so sehen. Das Bundesverfassungsgericht sollte man feiern, freilich hat es seinen eigenen Geburtstag im Jahre 1951. Symptomatisch erscheint dennoch, dass das Grundgesetz als Rechtsnorm gefeiert wird, nicht der politische Prozess, der mit ihm begründet wurde. Das zeigt sich auch in dem zu wenig Verwunderung erregenden Umstand, dass wir meistens den Geburtstag des Grundgesetzes, nicht den der Bundesrepublik Deutschland feiern, also nicht die politische Gemeinschaft, die das Grundgesetz verfasst hat.

Dagegen ist noch einmal daran zu erinnern, dass das Grundgesetz von Politikerinnen und Politikern geschaffen wurde, um Politik zu ermöglichen. Diese Politikerinnen und Politiker waren keine neutralen Sachwalter eines vernünftigen Wertekanons, sondern sie hatten gegensätzliche politische Überzeugungen, die sie im Grundgesetz verwirklichten. Vom Sozialstaatsprinzip und dem Streikrecht über den Schutz der Bekenntnisschulen und die Beibehaltung der Weimarer Kirchenkompromisses bis zur Bundesstaatlichkeit finden sich zahllose politische Ideologeme im Grundgesetz verwirklicht, nicht zuletzt im Grundrechtsteil. Diese Montage von parteipolitischem Anliegen zu einem stimmigen Text ist eine großartige Leistung. Aus Grundwerten hätte man sie nicht deduzieren können. Diese Verfassung ermöglichte einen hoch erfolgreichen und bemerkenswert stabilen politischen Prozess, der das eigentliche Wunder der Geschichte der Bundesrepublik darstellt. Und dieser politische Prozess ermöglichte es wiederum, rechtliche Absicherungen so zuverlässig auszugestalten. Gerne wird festgestellt, wie wichtig das Verfassungsrecht für die Stabilisierung des politischen Prozesses ist. Aber umgekehrt stimmt es eben auch. Die zentrale Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht nur Ursache, sondern ebenso plausibel Ergebnis der Stabilität des politischen Systems der Bundesrepublik. Wenn das demokratische System in die Krise kommt, sind die rechtsstaatlichen Institutionen davon auf vielen Ebenen betroffen. Sie können sich nicht einfach aus dem politischen Kontext nehmen. Dass Politiker, wenn sie über das Grundgesetz sprechen, nicht über Politik sprechen, ist daher kein gutes Zeichen.

Schaut man sich die augenblickliche Bedrohungslage demokratischer Politik an, so geht es mittlerweile um Standards, für die man das Grundgesetz eigentlich gar nicht bräuchte. Wenn sich Bürgerinnen und Bürger, die sich politisch engagieren wollen, Sorgen um ihre körperliche Integrität machen müssen, dann geht es nicht um Werte des Grundgesetzes. Der strafrechtliche Schutz vor physischer Gewalt stellt auch in weniger elaborierten Verfassungsordnungen das institutionelle Minimum dar. Stellt der Staat das nicht bereit, liefert er einen Beitrag zur Zerstörung seiner Ordnung, liegt deren Lebensnerv doch in der Bereitschaft von Bürgerinnen und Bürger, sich politisch – und das heißt in dieser Ordnung maßgeblich parteipolitisch – zu betätigen. Auf der Seite der Bürgerschaft setzt dies doppelte Kompromissfähigkeit voraus: sich auf eine Partei einzulassen und sich als Teil dieser Parteien auf andere Parteien einzulassen, um demokratische Mehrheiten zu organisieren. Der Fluchtpunkt der Kompromisslosigkeit ist dagegen körperliche Gewalt. Die Werte des Grundgesetzes zu bewahren, was immer damit sonst gemeint sein mag, bedeutet heute vor allem, die demokratische Politikfähigkeit der Gesellschaft zu schützen.

Mathias Hong

Immanuel Kant's 300th Birthday, Human Dignity, and the German Constitution

doi: 10.59704/10eebeb7b963797d

Immanuel Kant, born on April 22, 1724, would have celebrated his 300th birthday this year. And the German Constitution, the Basic Law (Grundgesetz) turns 75 years old in a few days. What do these two mean to each other? What does Kant's philosophy have to do with the Basic Law?

All the faves are flawed. Kant invoked dignity, freedom and equality – and he betrayed those values at the same time. The Basic Law did not adopt his or any other philosophy – yet it certainly drew on it in three ways (see, in more detail and with references, here, pp. 680-687 [in German]): With its guarantee of human dignity, the Basic Law adapted (1.) Kant' 's self-purpose formula for the categorical imperative, (2.) the prohibition to treat humans like things and (3.) the idea of human dignity as a source of categorical, or absolute, prohibitions, as elements of Kant's philosophy. However, in the face of the Holocaust and as its counter-image, they were given a historically new meaning.

According to Kant's so-called self-purpose formula, the categorical imperative is, firstly, the commandment to „never treat all others merely as means, but always at the same time as ends in themselves", as it says in the Groundwork for the Metaphysics of Morals. Kant formulates the prohibition of using people as mere means, secondly, also as a prohibition of reifying them, of degrading them to a thing. They are „not a thing – not something to be used merely as a means", or, as Kant puts it in the Metaphysics of Morals: „[A] human being can never be treated merely as a means to the purposes of another or be put among the objects of rights to things: his innate personality protects him from this".

Thirdly, according to Kant, human dignity is a source of categorical ethical duties to refrain from certain acts. In the fundamental controversy between „deontological" and „consequentialist" ethics, Kant is one of the founders and main proponents of a deontological approach. Such a deontological understanding of human dignity is diametrically opposed to the idea of justifying violations of dignity by weighing up and offsetting it against gains for a greater good. Kant makes this clear, for example, in the Groundwork of the Metaphysics of Morals: „In the realm of ends, everything has either a price or a dignity. What has a price can be replaced by something else as an equivalent; what, on the other hand, is above all price, and therefore does not allow for an equivalent, has a dignity."

In Kant's system, these remarks on human dignity belong, as cannot be emphasized strongly enough, to the doctrine of virtue (Tugendlehre), not to the doctrine of law (Rechtslehre). However, he also drew on some of the basic ideas in his doctrine of law, for example in justifying a prohibition of cruel forms of executing the death penalty.

In drafting Germany's Basic Law in 1948 and 1949, the Parliamentary Council drew on this common understanding of Kant's formulations, which were generally known at the time as part of the general educational heritage. It is therefore possible to defend the thesis of a partial, historical reception of Kantian ideas by the historical framers and adopters of the constitution.

However, such a reception or adaptation does (of course) not mean incorporation. Instead, it is at the same time a reinterpretation. Three important differences between Kant's philosophy and the *Grundgesetz* should be particularly emphasized.

Firstly, Kant's moral and legal philosophy would at least offer considerable resistance to such an incorporation. For one thing, as already mentioned, Kant does not equate the doctrine of virtue with the doctrine of law, and much less he equates it with positive law. Even where the doctrine of law takes up basic ideas of human dignity, this does not necessarily mean any influence on positive law for the arch-positivist Kant, who denied any right of resistance.

Secondly, in its deliberations, the Parliamentary Council attached great importance to the ideological neu-

trality of the Basic Law, which forbids blanket incorporation of a particular philosophy as much as that of a particular religion. In the debate on natural law, Theodor Heuss and Carlo Schmid in particular emphasized that the Basic Law could not be interpreted by recourse to Christian natural law, for example, but that the constitution's concretization of the values of dignity, freedom and equality must be and remain decisive for its necessary further development.

And thirdly, unlike Kant, the framers and adopters of the German Constitution regarded the capacity for autonomy not as a necessary prerequisite for human dignity, but only as its centrally protected good, where it exists. This results in particular from the fact that the Parliamentary Council classified the „euthanasia" murders of mentally disabled people as a paradigmatic case of a violation of human dignity.

There was therefore no incorporation of Kant's philosophy into the constitution. There was, however, an adaptation and reinterpretation of certain elements and formulations of Kantian philosophy – above all the self-purpose formula and the prohibition of treating people like things, but also the basic deontological idea of rights which are inviolable in the sense of being balancing-proof, meaning that they cannot be outweighed by even the greatest gains for a supposedly greater good.

When we commemorate Kant today, on his 300th birthday, his racism must be taken into account just as much as the blind spots of Western Enlightenment philosophy. These include, for example, the idea that a philosopher could determine substantial principles of morality or the philosophy of law a priori in his chamber, without regard to the historical circumstances and the processes of democratic decision-making, as well as an unreflected belief in progress in the theory of history.

At the same time, however, it does not seem out of the question to adapt elements of Kantian philosophy in a timely fashion, as the approaches of John Rawls or Jürgen Habermas show, for example – if they are themselves updated, for example with Danielle Allen or Anna Katharina Mangold, and the rights to democratic participation and equality are given their proper weight. The positive constitutional law of the German Constitution shows considerable correspondence with such approaches, not least thanks to that dynamic development by the Federal Constitutional Court which its original public meaning demands. There is no reason, then, to abandon the Enlightenment idea of equality, according to which everyone has the same right to dignity and the free pursuit of their happiness.

This blogpost is an English translation of the German version „Immanuel Kants 300. Geburtstag und das Grundgesetz" (created with the help of DeepL).

Bettina Heiderhoff

Männer- statt Minderjährigenschutz

Der aktuelle Gesetzentwurf zur Minderjährigenehe

doi: 10.59704/aebb9baa25749640

Wie man mit Minderjährigenehen umgehen soll, die im Ausland nach dem Heimatrecht der Ehegatten wirksam geschlossen wurden, sorgt seit Jahren für Diskussionen. Seit 2017 sind sie in Deutschland unwirksam, wenn einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung unter 16 Jahre alt war (Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB). Das soll die Ächtung von Minderjährigenehen zum Ausdruck bringen, führt aber zu erheblichen Problemen für die betroffenen Minderjährigen. Denn ihnen wird auf diese Weise der Schutz des Eherechts vorenthalten. Auch der aktuelle Gesetzentwurf hilft ihnen kaum.

Schutz trotz Unwirksamkeit?

Das BVerfG hat Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB letztes Jahr für mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt. Der Gesetzgeber dürfe zwar eine Unwirksamkeit vorsehen, müsse dann aber den sozioökonomischen Schutz der Minderjährigen sichern und ermöglichen, dass die Ehe bei Erreichen der Volljährigkeit bestätigt werden kann (siehe zum Beschluss hier).

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2024 gesetzt, um die Minderjährigenehe neu zu regeln. Dieser hat nun zwei Optionen: Er kann die Unwirksamkeitslösung beibehalten und entsprechend absichern. Er kann aber auch von der Unwirksamkeit absehen. Denn man darf nicht vergessen, dass die Grundrechtsverletzung überhaupt nur darauf beruht, dass die Ehe in Deutschland unwirksam ist. Bliebe die Ehe wirksam und würde sie nur auf Wunsch bzw. zum Schutz der individuell betroffenen Minderjährigen aufgehoben, bestünde das Problem gar nicht.

Ein von der Bundesregierung am 8. Mai 2024 beschlossener Gesetzentwurf (RegE) hält nun an der Unwirksamkeitslösung fest. Obwohl er gewisse Unterhaltsansprüche vorsieht, greift er weiterhin stark in die Rechte des minderjährigen Ehegatten ein. Insbesondere soll die vom BVerfG zwingend verlangte Heilung der Ehe nur durch eine Wiederheirat möglich sein. Der bei Eheschließung minderjährige Ehegatte bleibt dadurch auch nach Erreichen der Volljährigkeit vollständig dem Wohlwollen des älteren Partners ausgeliefert.

In der Realität betrifft die Minderjährigenehe ganz überwiegend junge Frauen, die erwachsene Männer heiraten. Von diesem Normalfall soll auch hier ausgegangen werden. Die bei der Eheschließung minderjährige Person wird daher vereinfachend als „Frau“ und der Partner als „Mann“ bezeichnet.

Aufgezwungene Lebensgemeinschaft

Um Minderjährige zu schützen, sieht der RegE vor allem Unterhaltsansprüche vor. Ob die im RegE vorgesehenen Unterhaltsansprüche überhaupt genügen, um den sozioökonomischen Schutz der betroffenen Minderjährigen herzustellen, ist bereits fraglich. Die Umsetzung ist jedenfalls nur sehr eingeschränkt gelungen (siehe im Detail – sowie auch zu den Problemen der beschränkten internationalen Geltung der Unterhaltsansprüche – die Stellungnahme des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht). Viel wichtiger ist, dass die Unwirksamkeit an sich, selbst bei Gewährung von Unterhalt, zu erheblichen Belastungen für die Frau führt.

Wenn die Ehe von Gesetzes wegen unwirksam ist, das Paar aber weiter zusammenlebt, dann handelt es sich um eine Art zwangsweise nichteheliche Lebensgemeinschaft. Das mag angesichts des jugendlichen Alters der Betroffenen passend scheinen. Jedoch bietet eine nichteheliche Lebensgemeinschaft für den finanziell schwächeren Partner gegenüber der Ehe die bei weitem schlechtere Absicherung.

Drastisch wirkt sich die Unwirksamkeit aus, wenn das Paar sich trennen will.

Mit Blick auf die Frau – der die Trennung aufgrund des Alters bei der Eheschließung in der Tat jederzeit möglich sein sollte – muss man wissen, dass diese in Deutschland schon über Art. 6 EGBGB ohnehin immer die Möglichkeit hätte, die Ehe sofort zu beenden. Denn danach wird ausländisches Recht nicht angewendet, wenn es gegen die wesentlichen deutschen Rechtsgrundsätze verstößt. Zu

diesen Grundsätzen gehört es auch, dass eine minderjährige Frau, die mit unter 16 Jahren geheiratet hat, nicht an ihr Eheversprechen gebunden sein kann. Falls man dieses Recht der Frau auf Aufhebung der Ehe noch konkreter gesetzgeberisch absichern wollte, ließe sich auch das leicht machen.

Für eine verheiratete minderjährige Frau, die sich von ihrem Mann trennen will, liegen die Probleme an anderer Stelle, nämlich im soziokulturellen Bereich. Denn von dem Gesetz sind ganz überwiegend Frauen betroffen, die erst nach der Eheschließung nach Deutschland gekommen sind. Sie sind meist noch nicht genug integriert, um einen so großen Schritt allein gehen zu können und werden auch selten Unterstützung aus ihrer Familie erfahren. Für trennungswillige minderjährige Frauen ist daher praktische Hilfe durch soziale Einrichtungen erforderlich – eine rechtliche Bindungswirkung der Ehe brauchen sie dagegen ohnehin nicht zu befürchten.

Anders sieht es für den Mann mit Trennungswunsch aus. Er war bei Eheschließung ehemündig und müsste deshalb eigentlich den Weg über eine Ehescheidung gehen. Durch die Unwirksamkeit der Ehe hat er stattdessen eine Art Freifahrschein, die Frau jederzeit zu verlassen. Er wird zudem im Heimatstaat oft leicht parallel die Scheidung erreichen und begegnet geringeren soziokulturellen Schwierigkeiten.

Unabhängig davon, ob das Paar an Trennung denkt oder die Partnerschaft weiterführen möchte, belastet die Unwirksamkeit der Ehe zudem den Mann finanziell weitaus geringer – und zwar auch bei Einführung einer Unterhaltspflicht. Denn Zugewinn- und Versorgungsausgleich fallen nicht an. Auch die den Schwächeren schützenden Regelungen zur Verteilung von Haushaltsgegenständen und zur Überlassung der Ehewohnung (§§ 1361a f., 1586a f. BGB) gelten nicht. All diese Ansprüche bzw. Rechte verliert umgekehrt die Frau.

Sehr ungünstig ist die Situation schließlich für ein gemeinsames Kind. Der Mann wird bei Unwirksamkeit der Ehe nicht nach § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Vater, sondern er muss das Kind erst anerkennen. Falls er das nicht tut, was schon aus Unwissenheit leicht geschehen kann, hat das Kind keinen Vater. Dadurch verliert es nicht nur unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche. Vielmehr ist vorstellbar, dass das Kind unbemerkt überhaupt keinen sorgeberechtigten Elternteil hat. Denn die Mutter kann, solange sie minderjährig ist, die elterliche Sorge nicht ausüben. Zwar ließe sich dies verhindern, indem ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren betrieben wird. Das erfordert jedoch außer Rechtskenntnissen auch Zeit – und es wird zudem meist erst eingeleitet werden, nachdem die ersten Probleme bereits aufgetreten sind.

Heilung von Gnaden des Ehemanns

Nach alledem ist klar: Für die Frau ist es sehr wichtig, dass sie die Wirksamkeit der Ehe herbeiführen kann, sobald sie volljährig ist. Meist wird dies sicher auch der Mann begrüßen – aber das kann nicht entscheidend sein. Denn nur die Frau war bei Abgabe des ersten Eheversprechens noch nicht ehemündig.

Vor diesem Hintergrund können die Lösungsvorschläge der Entwürfe nur verstören. Schon im Referentenentwurf (RefE) war die Heilungslösung defizitär. Dort konnte die Frau zwar allein die Ehe bestätigen, jedoch musste der Partner dabei anwesend sein. Das beschränkte die Autonomie der Frau und war zugleich skurril. Im RegE fehlt diese Möglichkeit der einseitigen Bestätigung durch die Frau nun ganz. Stattdessen ist nach § 1305 Abs. 2 BGB-E nur noch die erneute Heirat möglich ist, die dann Rückwirkung haben soll. Das ist nicht mehr skurril, sondern geradezu abstrus.

Begründet wird das damit, dass die Frau vor einem zu einfachen Wirksamwerden der Ehe geschützt werden müsse. Insbesondere könne sich sonst ein möglicher Druck aus der Familie fortsetzen (RegE, S. 17). Deshalb die Neuheirat zu verlangen, ist doppelt paradox.

Es kann doch nicht sein, dass der Schutz der jungen Frau ausgerechnet dadurch erreicht werden soll, dass ihr Mann an einer erneuten Eheschließung mitwirken muss. Das idealisiert nicht nur den Ehemann, sondern entmündigt die nun volljährige Frau.

Vor allem aber ist offenbar vergessen worden, *wovor* die anfänglich minderjährige Person zu schützen ist. Wie gezeigt wird das im Ausland wirksam verheiratete Paar mit der Unwirksamkeitslösung in eine nichteheliche Lebensgemeinschaft gezwungen, was für die Frau erhebliche Nachteile bringt. Wie kann man ihr dann „zu ihrem Schutz“ verweigern wollen, die Lebensgemeinschaft wieder zu einer Ehe zu machen?

Es ist doch gerade das Eherecht, welches vorsieht, dass die Ehegatten einander Solidarität und Unterstützung schulden, dass sie den Zugewinn teilen – und dass der eine den anderen nicht von heute auf morgen verlassen kann. Die Ehe bedeutet für die nun ehemündige und ehewillige Frau keine Gefahr, sondern Schutz.

Die Person, die bei Eheschließung unter 16 Jahre alt war, muss daher ab Volljährigkeit allein darüber entscheiden können, ob die Ehe wirksam werden soll.

Der RegE ignoriert schließlich auch das Problem des Todes eines Partners. Wenn der ältere Partner stirbt, ist anders als nach dem RefE eine Heilung nicht mehr vorgesehen. Die Frau wird dann nicht nur nicht Erbin, sondern sie muss den Hausrat und unter Umständen auch die Wohnung abgeben und hat keine Rentenansprüche.

Wie sich Minderjährige einfach schützen ließen

Wenn der Gesetzgeber es trotz alledem nicht wagen möchte, ganz von der Unwirksamkeitslösung abzusehen, ist eine einfache und konsequente Lösung möglich, die den minderjährigen Ehegatten angemessen schützt.

Dazu reicht es, die Unwirksamkeit auf die Person zu beschränken, zu deren Gunsten sie eigentlich auch gemeint ist, nämlich auf die bei Eheschließung unter 16-Jährige. Sie war diejenige, bei der die Ehemündigkeit – bei typisierender Sichtweise – fehlte. Dagegen sollte der bei Eheschließung volljährige Mann an sein Eheversprechen gebunden sein. Man könnte damit erreichen, dass alle Ehewirkungen zugunsten der Frau gelten, nicht nur die Unterhaltsansprüche, sondern auch das Güterrecht, der Versorgungsausgleich und natürlich das Erbrecht. Die Kinder hätten nach § 1592 Nr. 1 BGB stets ab Geburt den Ehemann als Vater.

Dazu kann man in § 1303 Abs. 2 BGB die Unwirksamkeit zugunsten des bei Eheschließung noch nicht 16 Jahre alten Ehegatten vorsehen und die Einzelheiten ließen sich, so ein Bedarf dafür gesehen wird, in § 1305 BGB aufnehmen. Insbesondere könnte der Gesetzgeber entscheiden, ob die Unwirksamkeit durch konkludente Bestätigung oder nur durch Erklärung beim Standesamt geheilt werden kann. Letztere müsste ohne Beteiligung des Mannes erfolgen.

Es sei noch erwähnt, dass diese Lösung sich, anders als die oben erwähnte Unterhaltslösung, auch international leicht absichern ließe. Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB müsste nur statt der Unwirksamkeit der Ehe die „Wirksamkeit nach Maßgabe der §§ 1303, 1305 BGB“ vorsehen (näher auch dazu die Stellungnahme des Deutschen Rates für IPR).

Fazit

Der Gesetzgeber ist offenbar entschlossen, auch mit dem neuen Gesetz bei der Unwirksamkeit von im Ausland wirksam geschlossenen Ehen zu bleiben, wenn einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung unter 16 Jahre alt war. In diesem Fall bleiben nur noch sechs Wochen, um die Vorgaben des BVerfG zur Absicherung der Rechte des minderjährigen Ehegatten umzusetzen. Mit dem gegenwärtigen Entwurf kann das allerdings nicht gelingen – es wäre schlimm, wenn ein für die betroffenen Frauen so nachteiliges Gesetz verabschiedet würde.

K. Ambos, C. Barskanmaz, G. Frankenberg, M. Goldmann, A. K. Mangold, N. Markard, J. Montag, T. Wihl

Antidiskriminierungsklauseln im Zuwendungs- und Förderungsrecht

Rechtliche Überlegungen

doi: 10.59704/e2af8954891e5a92

Der Berliner Senat lässt sich nicht beirren vom Scheitern der Antisemitismusklausel des Berliner Kultursenators Chialo für die Förderung von Kunst. Nun erwägt er, sein Zuwendungsrecht insgesamt so zu ändern, dass die Vergabe von Zuwendungen an bestimmte Auflagen und Auswahlkriterien geknüpft wird. Insbesondere geht es ihm darum, sicherzustellen, dass keine antisemitischen Projekte oder Personen gefördert werden. Auf Bundesebene werden ähnliche Maßnahmen erwogen.

Das Ziel, mit staatlichen Geldern nicht Antisemitismus zu fördern, ist wichtig und begrüßenswert. Eine Regelung im Rahmen des Zuwendungsrechts stößt freilich auf verfassungsrechtliche Bedenken, die die uns bekannten bisherigen Stellungnahmen nur unzureichend berücksichtigen. Diese Bedenken lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Auch in der Ausgestaltung der Vergabe von Geldern im Rahmen von Kunst-, Wissenschafts- und ähnlicher Förderung ist **der Staat** an die Grundrechte gebunden und daher **nicht völlig frei**, Kriterien und Auflagen vorzuschreiben. Frei ist er nur in der Entscheidung, *ob* er fördert und ggf. *was* er fördert.
- **Personenbezogene Kriterien** bei der Auswahl Geförderter unterliegen dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG, das auch politische Anschauungen schützt. Das bedeutet, dass der Staat Vertreter:innen bestimmter politischer Anschauungen nur dann von der Förderung ausschließen kann, wenn das für den Förderzweck unumgänglich ist.
- **Inhaltsbezogene Kriterien, die sich aus der Verfassung ergeben,** wie etwa der Schutz vor Antisemitismus, sind bei der Auswahl geförderter Projekte möglich und gegebenenfalls nötig, müssen aber mit Grundrechten wie Kunst-, Wissenschafts- und Meinungsfreiheit im Einklang stehen.
- **Inhaltsbezogene Kriterien, die auf politischer Setzung beruhen**, kann der Staat regelmäßig nicht vorschreiben, es sei denn, sie ergeben sich zwingend aus dem Förderzweck.

Diese Fragen bedürfen einer umfassenderen verfassungs-, europa- und menschenrechtlichen Beurteilung, als sie in diesem Rahmen möglich ist oder in uns bekannten jüngeren gutachterlichen Stellungnahmen erfolgt ist.[1] Auf dem Gebiet des Förderungs- und Zuwendungsrechts verbleiben zahlreiche grundrechtsdogmatisch bislang ungeklärte Fragen. Die strengen Maßstäbe, die in der Kultur- und Bildungsverwaltung gelten, sind nicht identisch mit jenen in anderen Bereichen der Leistungsverwaltung (etwa in der Jugendhilfe). Die unterschiedlichen Bereiche staatlicher Leistungsverwaltung erfordern differenzierte Bewertung.

Diese Stellungnahme spart die wichtige Frage aus, wie der Grundrechtsschutz durch staatsfernes Verfahren zu operationalisieren ist. Sie behandelt auch nicht die die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes, eine im Lichte des Wesentlichkeitsgrundsatzes ebenfalls zentrale Frage.

Die Stellungnahme behandelt einen Bereich, in dem die Rechtsunsicherheit insgesamt als sehr groß einzu-

[1] Möllers, Zur Zulässigkeit von präventiven Maßnahmen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus in der staatlichen Kulturförderung – Ein verfassungs- und verwaltungsrechtliches Kurzgutachten im Auftrag der Bundesbeauftragten für Kultur und Medien. Winterhoff/Henckel/Klatt, Gutachterliche Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit der Einführung einer Antidiskriminierungsklausel für den Bereich der Kulturförderung im Land Berlin, 16.2.2024. Tikvah Institut, Policy Paper: Der BDS-Bewegung entschlossen entgegentreten – Antisemitismus bekämpfen, in Beck (Hg.), Mögliche juristische und rechtspolitische Antworten auf BDS (2023) 8. Der Aufsatz von Müller, JZ 2023, 39 behandelt im Wesentlichen den für andere Gebiete nicht repräsentativen Bereich der Wirtschaftsförderung. Für eine weiterführende Diskussion siehe jetzt Justus Duhnkrack, Öffentliche Kunstförderung (2024); vgl. auch ders., Das ist Kunst, das kommt weg, Verfassungsblog 29.4.2024.

schätzen ist. Weitere gründliche Analyse, auch hinsichtlich anderer Bereiche als Kultur und Wissenschaft, wird erforderlich sein. Gleichwohl halten wir es für unerlässlich, in die Debatte einzugreifen, und hoffen explizit auf Kritik und Gegenrede, damit die Debatte auf grund- und menschenrechtlich solider Basis fortgeführt werden kann.

Verfassungsmäßige Schranken der Leistungsverwaltung

Das Recht trennt zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung.

1. **Eingriffe** des Staates in die Freiheit der Bürger:innen (zum Beispiel das Verbot einer Meinungsäußerung) bedürfen stets der Rechtfertigung: sie müssen formal auf einer gesetzlichen Rechtsgrundlage beruhen, und sie müssen materiellrechtlich gerechtfertigt sein. Je nach betroffenem Grundrecht (etwa Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit oder Wissenschaftsfreiheit) ist eine Rechtfertigung nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Jedenfalls muss der Eingriff verhältnismäßig sein.
2. **Leistungen** des Staates – Subventionen etwa, oder Kulturförderung – sind normalerweise keine Eingriffe. Das bedeutet allerdings nicht, dass sie keinerlei (verfassungs-)rechtlichen Bindungen unterlägen: Da das Geld des Staates im Wesentlichen aus Steuern kommt, bedarf seine Verwendung auch einer rechtsstaatlichen Grundlage. Das betrifft nicht nur die formalen Voraussetzungen der gesetzlichen Ermächtigung für eine Zuwendung, sondern auch die hier in Frage stehenden materiellen (Grundrechts-)Fragen, etwa nach den rechtmäßigen Zielen einer Zuwendung und rechtlichen Mechanismen, um die Zielerreichung sicherzustellen. Die im hiesigen Diskurs und zuweilen auch in juristischen Stellungnahmen suggerierte Ansicht, der Staat sei völlig frei in seiner Entscheidung, was, wie und wen er fördere, ist mit der Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht vereinbar. Das ergibt sich auch aus europa- und menschenrechtlichen Vorgaben. So betont Generalanwältin Kokott in ihrer Stellungnahme zum ungarischen Hochschulgesetz, dass die Wissenschaftsfreiheit auch einen institutionell-organisatorischen Rahmen als materielle Grundlage von freier Forschung garantiert (Rn. 144 ff.). Drittmittel davon auszunehmen, scheint fragwürdig.
3. Zudem ist die **Abgrenzung** zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung nicht immer ganz einfach, wie etwa der Fall Oyoun in Berlin zeigt: Die Zuwendungsmittel für das Kulturhaus Oyoun wurden auch angesichts der Notwendigkeit einer längerfristigen Ressourcenplanung informell über einen Mehrjahreszeitraum zugesagt, aber jeweils nur jährlich bewilligt. Nach Kritik an einer Veranstaltung bei Oyoun fiel die Entscheidung, die Förderung des Trägers einzustellen. Ob nun die Nichtbewilligung trotz (informeller) Mittelzusage eine Rücknahme und damit ein Eingriff oder bloße Nichtvergabe einer Leistung ist, hängt von der Beurteilung ab, wie bindend man die Mittelzusage einordnet. Auch wegen dieser Schwierigkeit der Abgrenzung wird eine kategorisch unterschiedliche Behandlung beider Verwaltungsformen mittlerweile weitgehend abgelehnt.
4. Als Leitlinie kann man formulieren: je mehr das Vorenthalten einer Leistung einem Freiheitseingriff qualitativ ähnelt, desto strenger ist auch die (verfassungs-)rechtliche Überprüfung. Das hängt auch von den konkreten Umständen ab. Wenn beispielsweise bestimmte Kunstformen wie in Deutschland von staatlicher Förderung weithin abhängig sind, werden die grundrechtlichen Bindungen des Staates im Ergebnis deutlich stärker.

In welchem Maße die Freiheit des Staates in der Entscheidung über die Vergabe von Geldern, also in der Leistungsverwaltung, durch das Recht beschränkt ist, ist nicht ganz klar.

1. Das Gutachten von Möllers geht hier (wie auch ein Großteil der gesellschaftlichen Diskussion) sehr weit: Weil niemand Anspruch auf Leistung vom Staat habe, könne der Staat auch recht frei entscheiden, wen und was er fördern möchte, und die Vergabe von Geldern an Bedingungen knüpfen. Er dürfe dabei nur nicht willkürlich handeln, müsse also etwa seine eigenen Kriterien gleichmäßig anwenden. Ansonsten gebe es rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe im Wesentlichen nur bei der Eingriffsverwaltung. In der Rechtsprechung lässt sich ein so weitgehender Satz nicht nachweisen. Das Bundesverfassungsgericht etwa betont im

Einklang mit dem modernen Eingriffsbegriff, dass die Meinungsfreiheit schon dann berührt ist, wenn nachteilige Rechtsfolgen an das grundrechtlich geschützte Verhalten geknüpft werden (zuletzt Beschluss vom 27. August 2019 – 1 BvR 811/17, Rn 18; ebenso BVerwG, Urteil vom 20.01.2022 – BVerwG 8 C 35.20, Rn 18-19). Das träfe zum Beispiel auch auf die Zurückweisung eines Förderantrags zu. Zudem lässt sich, wie oben dargestellt, keine kategorische Trennung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung vornehmen. Die Unterschiede von Eingriff und Leistung führen lediglich dazu, dass die grundrechtlichen Bindungen unterschiedlich angewandt werden und daraus ggf. unterschiedliche Maßstäbe für die Rechtfertigung folgen.

2. Es spricht danach Vieles dafür, auf der sog. Zweistufentheorie aufbauend **zwischen dem „Ob" und dem „Wie"** einer staatlichen Zuwendung zu unterscheiden. Ob der Staat überhaupt Kunst oder Bildung fördert (oder stattdessen etwa Schwimmbäder), ist, von seltenen grundrechtlichen Leistungspflichten abgesehen, seine freie politische Entscheidung. Auch welche Gebiete er fördert – Malerei oder Bildhauerei etwa, eine Konferenz zum Demokratieprinzip oder stattdessen eine zum kretischen Tempelbau – kann er weitgehend frei von rechtlichen Vorgaben entscheiden. Hat er sich aber einmal für die Förderung eines Bereichs entschieden („Ob"), so unterliegt das „Wie", also die Art und Weise der Förderung einer strengeren Bindung an das Grundgesetz, insbesondere an das Gleichheitsgebot und die Grundrechte. Diese Bedingung betrifft dann zum einen die Auswahl von Förderungsempfänger:innen, die nicht gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen darf. Sie betrifft zum anderen die Auflagen und Einschränkungen der Freiheitsgrundrechte, die er den Empfänger:innen machen kann. Dabei ist die Abgrenzung von „Ob" und „Wie" nicht immer ganz leicht durchzuführen: Entscheidet sich der Staat etwa, ein Projekt zur Verbesserung des Verhältnisses zwischen Deutschland und Israel auszuschreiben, so dürfte diese Themenwahl dem „Ob" zuzuordnen sein. Ebenso ist es bei einem Projekt zur Kunst türkischer Migrant:innen, bei dem selbstverständlich nach der Nationalität diskriminiert werden können muss. Der Inhalt des konkreten Projekts dagegen, sowie die Auswahl der Teilnehmenden, betreffen das „Wie". Der Staat kann also das Projektthema vorgeben, aber nicht die Ergebnisse: die Geförderten können beispielsweise verpflichtet werden, zum Thema der Verbesserung des Verhältnisses von Deutschland und Israel vorzutragen (weil dies im Beispiel der Gegenstand der Förderung ist), nicht aber, in diesem Rahmen keinerlei Kritik an Israel zu äußern, also sonst unzulässige Beschränkungen der Meinungsfreiheit hinzunehmen. Für die Kunst gilt Ähnliches.

Ist daher anzunehmen, dass der Staat im Bereich der Vergabe staatlicher Gelder grundrechtlich gebunden ist, so muss man zweierlei unterscheiden.

1. Erstens muss man unterscheiden hinsichtlich der **Rechtsnatur** von Auflagen und Auswahlkriterien. Einige solche Kriterien kommen aus dem Grundgesetz, so etwa die Nichtdiskriminierung. Hier ist der Staat selbst gebunden; es stellt sich die Frage, ob er diese inhaltliche Bindung auch auf Geförderte übertragen kann oder sogar muss. Andere Kriterien dagegen entstammen der politischen Festlegung des Staates, etwa die Förderung der deutsch-französischen Freundschaft oder auch die Unterstützung Israels. Eine solche Verpflichtung kann sich der Staat selbst auferlegen, etwa als „Staatsräson"; sie bindet so aber zunächst nur den Staat und seine Institutionen. (Zudem handelt es sich hierbei um eine *politische* Selbstbindung, nicht um eine Rechtspflicht – jedenfalls sofern es nicht beispielsweise um staatsvertragliche Freundschaftsabkommen geht.) Die Abgrenzung ist teilweise nicht leicht.
2. Zweitens muss man hinsichtlich der geförderten Bereiche nach **Maßgabe der verfassungsrechtlichen Verbürgungen** differenzieren, weil teilweise unterschiedliche Einschränkungsmöglichkeiten bestehen. Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Religionsfreiheit sind zum Beispiel ohne ausdrücklichen Schrankenvorbehalt gewährt. Ihre Einschränkbarkeit ergibt sich nur aus kollidierendem Verfassungsrecht (Grundrechte anderer und Güter von Verfassungsrang), unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit. Im Unterschied dazu sind etwa die Berufsfreiheit oder die Meinungsfreiheit, die eigene, weitergehende Schrankenregelungen enthal-

ten, nach Maßgabe des jeweiligen Gesetzesvorbehalts und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit leichter einschränkbar. Deshalb sind Erkenntnisse aus dem Bereich der Wirtschaftsförderung – wo im Wesentlichen die leicht einschränkbare Berufsfreiheit betroffen ist – im Grunde kaum auf die Bereiche der Kunst- und Wissenschaftsförderung übertragbar.

3. Drittens muss man bei Auflagen unterscheiden zwischen solchen, die den **Inhalt der Förderung** selbst betreffen – also etwa Vorgaben über den Inhalt von Kunstwerken in einem Museum oder die Ergebnisse von Vorträgen bei einer wissenschaftlichen Konferenz – und Auflagen, die die **Ausführung** betreffen – also etwa Fragen der Anstellungsverhältnisse, der Unterlassung von Diskriminierung bei der Auswahl von Teilnehmenden, der nachhaltigen Energieversorgung, usw. Dabei relevant sind insbesondere Voraussetzungen, die die **Person des oder der Geförderten selbst** betreffen – ob etwa Angehörige bestimmter Nationalitäten ausgeschlossen werden können (z.B. russische Staatsangehörige) oder andere bevorzugt werden, oder auch ob Vertreter:innen bestimmter politischer Ansichten (z.B. AfD-Mitglieder oder BDS-Unterstützer:innen) aufgrund ihrer Ansichten ausgeschlossen werden können.

Personenbezogene Einschränkungen

In der Diskussion sind Forderungen, bestimmte Menschen wegen ihrer Identität oder ihrer Ideologie von der Förderung auszuschließen oder umgekehrt sie bevorzugt zu fördern. So finden sich Forderungen, verstärkt israelische Künstler:innen zu fördern – eine Bevorzugung aufgrund der Nationalität – oder einzelne Künstler:innen wegen ihrer Unterstützung des BDS auszuschließen – eine Benachteiligung aufgrund der politischen Überzeugung. Beides soll dem wichtigen Kampf gegen den Antisemitismus dienen.

1. Vor der Verfassung können solche Kriterien nur eingeschränkt Bestand haben. Was die **Person** des Geförderten betrifft, kann der Staat nämlich weder nach Identität noch nach politischer Einstellung differenzieren, und zwar aus Gründen, die Horst Dreier, Rechtswissenschaft 2010, 11, 29 so beschreibt: „es zeichnet diesen Staat gerade aus, dass er die Vielfalt der Meinungen, ethischen Überzeugungen, divergenten Weltanschauungen und Lebensvollzüge in umfassender Weise schützt. Er würde sich im Grunde zu sich selbst in Widerspruch setzen, wenn er diese Freiheit inhaltlich von vornherein so modellieren wollte, dass sie passgenau den Verfassungsgehalten des Grundgesetzes entspräche.“ Eine Grenze dürfte dann erreicht sein, wenn eine Einstellung als verfassungsfeindlich festgestellt wurde. Daher **kann der Staat die Förderung regelmäßig nicht an die politischen Einstellungen der Empfänger knüpfen**. Dass jemand AfD-Wähler:in oder BDS-Unterstützer:in ist, spielt für die meisten Zuwendungsprojekte im Kunst- und Kulturbereich keine unmittelbare Rolle und darf daher dann auch keinen Ausschlussgrund darstellen, weil auch das eine Grundrechtsverletzung wäre. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz wirkt mittelbar insofern, dass Förderungsbedingungen ein Mindestmaß an Verbindung mit dem Förderungszweck haben müssen. (BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 – 8 C 9.21: Keine Förderungsverweigerung in der Elektromobilität wegen Scientology-Unterstützung). Der Staat kann also etwa *schlechte* Künstler:innen von der Kunstförderung ausschließen oder Nichtexpert:innen von einer wissenschaftlichen Konferenz zum Gazakrieg (wobei er die relevanten Entscheidungen in der Regel nicht selber treffen darf sondern prozedural absichern muss, dass sie von geeigneten Personen vorgenommen werden). Da Art. 3 Abs. 3 GG die Diskriminierung aufgrund politischer Anschauung verbietet, ist es in der Regel verfassungswidrig, Künstler:innen wegen ihrer israelkritischen Einstellung von staatlicher Förderung auszuschließen.
2. Besonders deutlich wird das im Rahmen einer Verpflichtung zu bestimmten politischen Bekenntnissen, wie sie der Kultursenator vorgeschlagen hatte. Eine solche **Bekenntnispflicht** greift regelmäßig in verfassungswidriger Weise in die negative Meinungsfreiheit ein. Denn wenn kein enger innerer Zusammenhang zwischen den verfolgten Förderzielen (in der Regel künstlerische/kulturelle Vorgaben) und der fraglichen Meinung besteht, können die Förderziele durch eine Verpflichtung zu bestimmten Meinungsäußerungen auch nicht beför-

dert werden. Umgekehrt dürfte eine Zuwendung an Personen, die sich z.B. nicht gegen Rassismus oder Antisemitismus erklären wollen, aber ihre Meinung nicht anderweitig sichtbar in die Projektinhalte einbringen, für den verfassungsrechtlichen Auftrag des Staates zur Arbeit gegen beide Phänomene unschädlich sein. Selbst die Befürwortung von Boykotten kann kein Kriterium zum Ausschluss von Förderung sein, soweit sie von der Meinungsfreiheit gedeckt ist (vgl. Baldassi et al. c. France, Nr. 15271/16, 11.6.2020; Ambos, Verfassungsblog 16.6.2020).

3. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Formulierung politischer Vorgaben für die Auswahl und Ausgestaltung von Förderung einen gefährlichen Präzedenzfall für mögliche autoritär-populistische Regierungen setzen würde.

Andererseits kann der Staat Förderungsempfänger dazu verpflichten, selbst nicht zu diskriminieren; ein solches Diskriminierungsverbot gilt zum Teil ohnehin schon durch das AGG und im Rahmen der Grundsätze ordentlicher Haushaltsführung. Geförderten Institutionen kann insbesondere auferlegt werden, nicht nach Geschlecht, Religion, usw. zu differenzieren, und auch nicht Juden oder Angehörige anderer Minderheiten auszuschließen. Das AGG landesrechtliche Äquivalente bieten hier ein nützliches Vorbild.

Inhaltsbezogene Einschränkungen

Eine andere Frage ist, inwieweit der Staat inhaltliche Auflagen machen kann – insbesondere etwa die Auflage, dass in einer Kunstausstellung keine antisemitische Kunst gezeigt oder in einer wissenschaftlichen Veranstaltung keine rassistischen Inhalte vertreten werden dürfen.

1. Das ist keineswegs so selbstverständlich, wie es einigen erscheinen mag, weil hier das "Wie" und nicht das "Ob" betroffen ist. Denn **der Staat darf nicht mittelbar über Förderung so steuern, wie er es unmittelbar über Ge- und Verbote nicht dürfte.** Im Rahmen vorbehaltlos gewährter Grundrechte ist damit eine inhaltliche Beschränkung nur sehr eingeschränkt möglich, weil diese im Zuwendungsbereich nur durch den Förderungszweck und etwa konkurrierende Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang eingeschränkt werden können. Auch andere Grundrechte kann der Staat nicht einfach beschränken. Er kann zum Beispiel nicht bestimmte Meinungen präferieren oder andere ausschließen, sondern die Meinungsfreiheit nur inhaltsunabhängig einschränken, darf sich also nicht gegen spezifische Meinungen richten und als Staat von oben die "richtige" Meinung vorgeben und durchsetzen.
2. Es ist daher unseres Erachtens sehr zweifelhaft, ob der Staat durch seine Förderrichtlinien etwa umfassend antisemitische oder rassistische Inhalte untersagen kann, jenseits dessen, was den Einzelnen ohnehin durch die Strafgesetze verboten ist. Erstens sind nach dem Bundesverfassungsgericht sogar totalitäre und menschenverachtende Meinungen und Inhalte grundrechtlich geschützt, sofern sie nicht andere Rechtsgüter gefährden. Zweitens ist wissenschaftlich und politisch hochumstritten, was antisemitisch ist und was nicht; der Staat kann das jedenfalls nicht rechtsverbindlich vorschreiben. Insoweit ist die sogenannte Staatsferne auch verfassungsmäßig abgesichert: Grundrechtsschutz ist insoweit auch Institutionenschutz. Das gilt in besonderem Maße in Bereichen, die – wie die Wissenschaft und die Kunst – seit jeher von staatlicher Förderung abhängig sind. Denn hier kommt die Versagung von Förderung einem effektiven Verbot sehr nahe.
3. Man hat versucht, das Verbot der Antisemitismusförderung mit der Staatsferne dadurch in Einklang zu bringen, dass der Staat etwa das Antisemitismusverbot auferlegen dürfe, dessen "ästhetisch-inhaltliche Bewertung" aber der zuständigen Fachkommission, also etwa dem Kuratorium einer Kunstausstellung, aufzuerlegen habe (etwa Keller-Kemmerer, Kritische Justiz 56 (2023) 417, 427). Das erscheint indes schon deshalb nicht überzeugend, weil die Erkenntnis von Antisemitismus nicht primär Ergebnis einer "ästhetisch-inhaltlichen Bewertung" ist und ein Kuratorium nicht zum Erkennen von Antisemitismus, sondern zur Beurteilung von Kunst ausgewählt ist. Es ist ferner deshalb abzulehnen, weil die Staatsferne materiell und nicht bloß formell zu verstehen ist: sie betrifft nicht nur die Frage, *wer* Einschränkungen machen darf, sondern auch die Frage, *was* für Einschränkungen gemacht werden dürfen.

Es gilt hier zu differenzieren nach der Natur der betroffenen Auflagen. Bestimmte Pflichten – etwa die Pflicht, vor Antisemitismus zu schützen (Art. 1, 3 GG) oder die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) – folgen **aus der Verfassung**. Sie binden daher den Staat. Das wirkt sich auf die Nutzung von Geldern aus. Weder darf der Staat selbst antisemitisch handeln; noch darf er durch seine Leistungen gezielt Antisemitismus fördern.

1. Diese Pflichten treffen allerdings **Einzelne** nur in beschränktem Maße, soweit sie die Rechte anderer nicht verletzen. Denn Einzelne sind nur mittelbar, z.B. über zivilrechtliche Generalklauseln, an die Verfassung gebunden. Auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) betrifft nur bestimmte Konstellationen. Daher dürfen sich Einzelne innerhalb des von den Strafgesetzen abgesteckten Rahmens auch rassistisch äußern oder antisemitische Kunst herstellen; sie sind hier durch das Grundgesetz geschützt. Dagegen dürfen sie keine Volksverhetzung betreiben (§ 130 StGB), weder durch Wort noch durch Bild; oder etwa verbotene Kennzeichen verwenden (§ 86a StGB).
2. Der Staat kann gleichwohl bis zu einem bestimmten Maße Förderung von der Einhaltung solch grundgesetzlicher Erfordernisse abhängig machen. Dabei ist es staatliche Pflicht, gegen Antisemitismus vorzugehen, aber auch abzuwägen gegen das Recht der Geförderten, Kunst oder Wissenschaft zu betreiben, die nach Ansicht einiger antisemitisch ist. Das wäre aber nur als Pflicht zur Einhaltung unkontroverser, aus der Verfassung direkt folgender äußerster Grenzen des Kunstschaffens zu verstehen und nicht auf kontroverse Fälle übertragbar; es wäre zudem logisch nur ein eng auszulegendes *Ver*bot, gerade kein *Ge*bot, etwa einer "rassismuskritischen" Kunst.
3. Zweifelhaft wäre dabei, eine solche Klausel auf Antisemitismus zu beschränken und andere Formen der Diskriminierung bzw. Menschenfeindlichkeit nicht gleichzeitig mitzuregeln. Denn Art. 1, 3 GG schützen nicht speziell gegen Antisemitismus, sondern allgemein gegen "gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit". Antisemitismus ist nur ein Anwendungsbeispiel hierfür. Heitmeyer (Deutsche Zustände, Folge 3, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 19) listet eine ganze Reihe anderer Ausprägungen dieses Syndroms auf. Es geht also nicht um die jeweilige Ausprägung der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit, sondern um das Prinzip der Ungleichbehandlung, juristisch um Art. 3 Abs. 3 GG. Eine Klausel wäre also möglich, dann aber in einer Formulierung, die auf "gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit" abstellt oder ähnlich wie Art. 3 Abs. 3 GG formuliert.

Andere Inhalte folgen nicht aus der Verfassung, sondern **aus politischer Entscheidung**. So mag eine Regierung daran interessiert sein, den Patriotismus, die Sichtbarkeit von Migrant:innen, oder die Nachhaltigkeit zu stärken. Auch Solidarität mit Israel gehört in diese Kategorie – selbst, wenn man sie als "Staatsräson" einordnet, bleibt sie politische Entscheidung und wird nicht zum rechtsverbindlichen Verfassungsauftrag. Solche politischen Entscheidungen binden Einzelne nicht; fraglich ist, ob der Staat sie mittelbar über Förderpolitiken durchsetzen kann.

1. Hinsichtlich des Inhalts kann der Staat wenig vorschreiben, was nicht das "ob" betrifft, also die Natur des geförderten Projekts selbst. Gewiss kann der Staat "Entscheidungsparameter, die sich aus einer kulturpolitischen Schwerpunktsetzung oder Kulturentwicklungsplanung bspw. als bildungs-, sozialpolitische oder vielfältige andere Auswahlkriterien ergeben", vorgeben und deren Einhaltung überprüfen. (vgl. Braun, Jahrbuch Kulturmanagement 5 (2013) 291, 301). Das betrifft aber im Wesentlichen nur die Ausführung und nicht den Inhalt der Förderung selbst. Hinsichtlich des **Inhalts** ist der Leistungsverwaltung nicht gestattet, *mittelbar* über die Förderung in einer Art und Weise zu steuern, die ihr die Gesetzeslage für die *unmittelbare* Vergabe von Förderungen versagt. Hier gehen die Grundrechte der politischen Maßgabe durch den Staat durchweg vor, soweit nicht der Förderzweck selbst betroffen ist. Es mag Fälle geben, in denen Förderzweck und Bekenntnisinhalt so eng beieinander liegen, wie etwa bei der Extremismusklausel, dass zu Fördernde wegen ihrer politischen Ansicht ausgeschlossen werden können (vgl. Möllers S. 23). Das dürfte aber die absolute Ausnahme sein.
2. Insbesondere dürfen keine Ergebnisse vorgegeben werden. Kunstförderung darf mithin nicht von der

Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass die (geförderte) Kunst nicht einen bestimmten Staat oder seine Politik kritisiert oder eine bestimmte Antisemitismusdefinition anerkennt. Ebenso kann Wissenschaftsförderung nicht davon abhängig gemacht werden, dass etwa das europäische Grenzregime für rechtswidrig oder rechtmäßig gehalten wird. Denn auch die geförderte Kunst muss inhaltlich frei, auch die geförderte Wissenschaft inhaltlich unabhängig sein. Insoweit ist die sogenannte Staatsferne auch verfassungsmäßig abgesichert: Grundrechtsschutz ist insoweit auch Institutionenschutz.

Umsetzung

Es sollte nach der Rücknahme der Antisemitismus-Klausel des Berliner Kultursenators Chialo klar sein, dass der Staat von Förderungsempfänger:innen **keine eigenen konkreten Bekenntnisse** verlangen darf (so tendenziell auch Möllers, S. 25). Das gilt sogar für Bekenntnisse zu Verfassungsinhalten wie der Gegnerschaft zum Antisemitismus. Denn eine solche Bekenntnispflicht verstieße, wie schon oben gesagt, gegen die negative Meinungsfreiheit – die Freiheit, eine bestimmte Meinung nicht zu haben oder seine Meinung nicht äußern zu müssen.
Es kommt hinzu, dass solche Bekenntnisse wenig Nutzen und viel Schaden bringen dürften:

1. (a) Wenig Nutzen: Viele Empfänger:innen werden eine solche Klausel einfach als notwendige Formalität unterschreiben, ohne sich darum zu kümmern. Die tiefe gesellschaftliche Verwurzelung von Rassismus und Antisemitismus lässt Bekenntnispflichten in der staatlichen Förderpraxis als oberflächlich und langfristig wenig erfolgversprechend erscheinen.
   (b) Schaden: Für einige Empfänger:innen bedeuten solche Bekenntnisse eine große Beeinträchtigung (so bekommen etwa ihre Familien in arabischen Ländern Probleme); dem Staat attestiert die Forderung nach derartigen Bekenntnissen ein wenig selbstbewusstes Misstrauen gegenüber der Verfassungstreue seiner Kulturschaffenden.
   (c) Schließlich kann der Staat kaum mit akzeptablem Aufwand überprüfen, ob ein Bekenntnis wahrheitsgemäß abgegeben wurde.

In gewissem Rahmen möglich sind **Auflagen**, die der Staat bei der Förderung macht. Diese sind freilich nach unserer Auffassung, soweit sie das „wie" der Förderung betreffen, rechtfertigungsbedürftig. Auch hier gilt es daher zu unterscheiden.

1. Unproblematisch sind solche Auflagen, die den Förderzweck selbst betreffen und ihn konkretisieren.
2. Unproblematisch ist auch die deklaratorische Nennung solcher Pflichten, die Geförderte schon aus dem geltenden Recht treffen, insbesondere dem AGG und entsprechender Landesgesetze.
3. Relativ unproblematisch sind Auflagen, bei der Durchführung des geförderten Projekts bestimmte Grundsätze einzuhalten, etwa nicht diskriminierend einzustellen, oder sparsam mit Energie umzugehen. Problematisch werden solche Auflagen jedoch, wenn sie den Förderzweck beschränken, weil z.B. nur bestimmte Antragsteller:innen zur Erfüllung in der Lage sind.
4. Problematischer sind Auflagen, die andere Verfassungsgüter betreffen, soweit diese in der Abwägung den Vorrang erhalten können. Im Rahmen der Ausgestaltung der Förderung haben Abwehrrechte des Einzelnen tendenziell Vorrang vor Schutzpflichten des Staates. So sind etwa Meinungs- und Kunstfreiheit zwar schon intrinsisch durch Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) beschränkt; bestimmte Formen evident menschenverachtender Kunst oder Meinungen sind daher nicht geschützt. Das ist aber ein sehr enger Bereich. Hingegen dürfte die Versagung der Förderung von Kunst, die nicht evident als antisemitisch oder rassistisch zu würdigen ist, insbesondere da sie mehrere Lesarten zulässt, sehr zweifelhaft sein.
5. Nicht möglich sind politische Auflagen. Der Staat kann also u.E. etwa Förderungsempfänger:innen nicht auf die Annahme einer bestimmten Antisemitismusdefinition wie etwa die IHRA-Arbeitsdefinition verpflichten (ebenso Möllers, S. 27; ausführlicher Ambos u.a., Verfassungsblog 18.12.2023.)

Durchsetzung

1. Für die Rechtmäßigkeit von Auflagen macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob der Staat sie mit

Sanktionen bewehrt oder nicht, solange sie als Verpflichtungen und nicht bloße Absichtserklärungen ausgestaltet sind.

2. Rechtmäßige Auflagen kann der Staat nach herkömmlichen Grundsätzen durchsetzen, indem er gezahlte Gelder zurückverlangt, wenn die Auflagen nicht eingehalten sind, sofern das verhältnismäßig ist und andere Erfordernisse erfüllt sind. Er muss das freilich gleichmäßig tun und kann nicht selektiv nur gegen bestimmte Empfänger:innen aus bestimmten Gründen vorgehen. Praktisch bewirkt das u.U. eine enorme Überwachungsverantwortung für den Staat, die er in der Praxis kaum zu leisten im Stande sein dürfte. Zudem besteht die Gefahr, dass Medien Druck nicht nur auf private Institutionen ausüben (wie es jetzt schon der Fall ist), sondern auch auf den Staat, er müsse bestimmte Gelder zurückfordern.
3. Eine im wesentlichen deklaratorische Klausel, die Geförderte auf bereits bestehendes Recht verpflichtet und zudem auf Zielrichtungen des Staates hinweist, ist möglich. Hier wird auf zusätzliche unmittelbare Durchsetzung verzichtet, aber an die Selbstverantwortung appelliert.

Praktische Erwägungen

1. Wenn es tatsächlich um Antisemitismus- und Rassismusbekämpfung im Kulturbereich geht, so wäre der beste Umgang mit den Problemen die Erarbeitung von Verhaltensregeln (Codes of Conduct) gemeinsam mit den betreffenden Bereichen. Es sollten also etwa Wissenschaft und Kultur angespornt werden, selbst solche (nicht bindenden) Verhaltensregeln zu entwickeln.
2. Will der Staat selbst (maß)regeln, so muss er Klauseln formulieren, die aus der Verfassung selbst folgen und nicht aus spezifischer politischer Präferenz. Das heißt im Sinne von Meinungsneutralität und Menschenwürde, dass Empfänger:innen von Förderung verpflichtet werden können, von Antisemitismus, Rassismus und anderen Formen der Diskriminierung den nötigen Abstand zu nehmen.
3. In Bezug auf die Ausführung sollte das recht unproblematisch sein; es entspricht wohl der ordnungsgemäßen Geschäftsführung, zu der Empfänger:innen ohnehin verpflichtet sind (vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt). Klärend lässt sich hier auf das AGG bzw. entsprechende Landesgesetze verweisen. Schwieriger ist es, soweit Inhalte betroffen sind.
4. Ob der Staat politische Entscheidungen den Geförderten als Inhalt vorgeben kann, ist verfassungsmäßig sehr zweifelhaft, weil der Staat unter keinen Umständen direkt in den Inhalt der Kunst oder der Forschung etc. eingreifen darf. Eine solche Klausel dürfte regelmäßig unwirksam sein. Das Grundgesetz steht in Deutschland “Staatskunst” und “staatlich determinierter Wissenschaft” entgegen, indem diese staatsfrei gestellt sind.
5. Eine Rückforderungsoption ist problematisch, weil sie dem Staat enorme Pflichten auferlegt (Gleichbehandlung, Überwachung) und häufig nicht gerichtsfest formulierbar sein dürfte. Der Staat sollte nicht mehr versprechen, als er (rechtmäßig) einhalten kann.

Frauke Pöttgen

Namhafter Fortschritt?

Warum das neue Namensrecht nicht so antidiskriminierend ist, wie es sich gibt

doi: 10.59704/fabc49fa92be8ec9

„Das neue Namensrecht ist auch ein Antidiskriminierungsrecht“, erklärte Kassem Taher Saleh (Bündnis 90/Die Grünen) im April bei der Aussprache im Bundestag. Kurz darauf beschlossen die Abgeordneten in dieser Sitzung das „Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts“. Am 17. Mai billigte nun auch der Bundesrat den Gesetzesentwurf. Doch tatsächlich ist das neue Namensrecht nicht so antidiskriminierend, wie es politisch dargestellt wird.

Mehr Freiheit durch den echten Doppelnamen

Als wohl größte Änderung führt das Gesetz den sogenannten echten Doppelnamen ein. Zuvor konnte nach der Heirat nur einer der Ehegatten einen zweiten Namen als Begleitnamen wählen. Mit dem neuen Gesetz ist es ab Anfang 2025 möglich, dass beide Ehegatten den Doppelnamen als Familiennamen tragen und diesen auch als Namen für ihre Kinder weitergeben. Heirateten vorher Herr Öztürk und Frau Makris, konnten sie zwischen Öztürk und Makris wählen, oder eine Person wählte Öztürk-Makris oder Makris-Öztürk als Begleitnamen. Nun können beide den Doppelnamen Öztürk-Makris oder Makris-Öztürk tragen. Der Bindestrich zwischen den beiden Namen ist zudem nicht mehr notwendig. Denkbar wäre also auch der Name Öztürk Makris.

Neu ist auch, dass die beiden verheirateten Elternteile den Doppelnamen an das Kind weitergeben. Das gilt ebenso für Kinder unverheirateter Eltern. Herr Öztürk und Frau Makris können ihr gemeinsames Kind also auch Makris-Öztürk nennen. Bei Doppelnamen darf sich der Name allerdings aus nicht mehr als zwei Namen zusammensetzen. Heiratet die Tochter von Herrn Öztürk und Frau Makris also beispielsweise Frau Mayer, so darf der Familienname dieser Ehe nicht Makris-Öztürk-Mayer heißen, sondern es muss zwischen zwei Namen gewählt werden, die dann den Doppelnamen bilden. Möglich wäre zum Beispiel, dass Frau Mayer und Frau Makris-Öztürk den Familiennamen Makris-Mayer oder Öztürk-Mayer annehmen.

Auch für Scheidungs- und Stiefkinder ändert sich etwas. Diese können nun ebenso wie ihre Elternteile nach deren Scheidung ihren Namen ändern. Das Kind Makris-Öztürk kann also im Scheidungsfall den Namen Makris annehmen, wenn die Mutter nach der Scheidung auch diesen Namen wieder annimmt. Bei minderjährigen Kindern ist hier zusätzlich vorausgesetzt, dass das Kind auch bei dem betreffenden Elternteil lebt und das andere Elternteil der Namensänderung zustimmt. Gleiches gilt für Stiefkinder, die den Namen des Stiefelternteils angenommen haben.

Im Namen der Minderheiten

Das Gesetz berücksichtigt außerdem traditionelle und geschlechterangepasste Formen des Familiennamens von Minderheiten wie Sorben, Dänen und Friesen. Im Friesischen bildet sich der Nachname aus dem Vornamen des Elternteils zusammen mit dem Zusatz „en“ oder „s/es“. So kann künftig beispielsweise das Kind von Jan Makris aus Friesland den Namen Jansen als Nachnamen tragen. Traditionell bildet sich der friesische Nachname aus dem Vornamen des Vaters. Der neue Gesetzesentwurf sieht aber explizit auch die Möglichkeit vor, den Namen aus dem Vornamen der Mutter zu bilden.

Das Gesetz ändert auch, wie sich das anwendbare Recht im internationalen Namensrecht bestimmt. War zuvor die Staatsangehörigkeit das Anknüpfungsmerkmal, so ist nun der gewöhnliche Aufenthalt der Person maßgeblich. Möglich ist auch, das Heimatrecht zu wählen.

Im Namen der Geschlechtergerechtigkeit

Auf den ersten Blick scheinen all diese Änderungen mehr Freiheit mit sich zu bringen. Vor allem für die Geschlechtergerechtigkeit ist ein wichtiger Schritt, dass man nun den echten Doppelnamen wählen kann. Im Namensrecht herrschte bis 1976 nämlich ein patriarchales Prinzip. Die Frau durfte nicht wählen, welchen Namen sie annimmt, sondern sie nahm schlichtweg den Namen des Mannes als

gemeinsamen Ehenamen an. Doch auch noch 2016 nahmen einer Studie der Gesellschaft für deutsche Sprache zufolge etwa 74 Prozent der Frauen den Namen des Mannes an. Nur ein geringer Teil der Ehegatten entschied sich für einen unechten Doppelnamen (sogenannter Begleitname). Wenn sich die Ehegatten für einen solchen Begleitnamen entschieden, so war es in den allermeisten Fällen die Frau, die diesen Begleitnamen trug. Mit der Gesetzesänderung müssen sich Ehegatten künftig nicht mehr zwischen dem Namen des Mannes oder der Frau entscheiden, sondern können gleichberechtigt einen gemeinsamen Familiennamen wählen.

Im Namen der Einbürgerung

Taher Saleh verwies in seiner Ansprache im Bundestag auch darauf, dass er selbst bei seiner Einbürgerung durch das deutsche Namensrecht diskriminiert worden sei: Seinen irakischen Nachnamen habe er nicht weiterführen können. Daher sei die Einführung des echten Doppelnamens ohne Bindestrich antidiskriminierend. Warum ein Satzzeichen mehr oder weniger im Namen antidiskriminierend sein soll, erschließt sich nicht sofort.

Allerdings kennen einige ausländische Rechtsordnungen den echten Doppelnamen ohne Bindestrich. So etwa die spanische Rechtsordnung, auf die Herr Taher Saleh auch anspielt.

Bei dem spanischen Doppelnamen handelt es sich um einen echten Doppelnamen. So setzt sich der Nachname aus zwei Namen zusammen und bildet den Doppelnamen. Dabei trägt jede Person in Spanien einen Doppelnamen und behält diesen auch, wenn sie eine Ehe eingeht. Bekommen Frau Garcia-Pérez und Herr Lopez-Alvarez ein Kind, so wird der Name des Kindes aus den ersten Namen der Eltern zusammengesetzt, so kann das Kind Garcia-Lopez heißen. Nach altem spanischen Namensrecht stand automatisch der Name des Vaters an erster Stelle, nun haben die Eltern die Wahl, in welcher Reihenfolge die Namen zusammengesetzt werden. Die irakische Rechtsordnung kennt allerdings eine strukturelle Aufspaltung in Vor- und Nachnamen nicht. Es handelt sich bei irakischen Namen um sogenannte Namensketten, die aus dem Eigennamen und den Namen des Vaters, Großvaters und Urgroßvaters bestehen. Heißt ein Iraker also Ahmed, dessen Vater Ali, sein Großvater Husain und der Urgroßvater Muhammed, so lautet sein Name Ahmed Ali Husain Muhammed, unabhängig vom Namen der Mutter.

Nach der Einbürgerung unterliegt das Namensrecht dem deutschen Recht. Das deutsche Recht kennt solche Namensketten nicht. Es besteht jedoch die Möglichkeit, den irakischen Namen der deutschen Rechtsordnung nach Art. 47 EGBGB anzugleichen und in Vor- und Nachnamen zu unterteilen. Wird Ahmed Ali Husain Muhammed in Deutschland eingebürgert, kann er als Vornamen Ahmed Ali Husain bestimmen und als Nachnamen Muhammed. Da es vor Einführung des neuen Namensrechtes allerdings keinen echten Doppelnamen in Deutschland gab, konnte sich Ahmed Ali Husain Muhammed nicht mit Vornamen Ahmed Ali und mit Nachnamen Husain Muhammed nennen.

Anders war dies, wenn wie im spanischen Namensrecht ein echter Doppelname vorlag. Hatte sich dieser echte Doppelname bereits verfestigt und dadurch Vertrauensschutz bewirkt, so konnte dieser echte Doppelname auch nach Einbürgerung weitergeführt werden.

Somit stellte Herr Taher Saleh zu Recht fest, dass die Namenswahl unterschiedlich behandelt wird, je nachdem ob es sich um Angehörige von Drittstaaten oder aber um EU-Bürger handelt. Das neue Namensrecht ermöglicht es nun, den Namen Taher Saleh als Familiennamen ohne Bindestrich zu führen. Doppelnamen und einfache Namen werden gleichgestellt, was antidiskriminierend wirkt.

Im Namen des Persönlichkeitsrechts

So wirkt das neue Namensrecht insgesamt wie ein großer Schritt in Richtung Antidiskriminierung: Es fördert Geschlechtergleichheit und erlaubt die Anerkennung von ausländischen und marginalisierten Namenstraditionen. Doch stellt sich das neue Namensrecht nicht mehr so antidiskriminierend dar, wenn man ernst nimmt, dass der Name Ausdruck der Persönlichkeit ist.

Während der Name früher primär eine Ordnungs- und Identifizierungsfunktion hatte, rückt inzwischen die persönlichkeitsstiftende Funktion in den Vordergrund. Statt Person A von Person B zu unterscheiden oder auf den Stand bzw. Beruf hinzuweisen, ist der Name eines Menschen inzwischen Ausdruck seiner Identität sowie Individualität. Bei der Wahl des Vornamens lässt der Gesetzgeber den Eltern hier einen weiten Entscheidungsspielraum. Eingeschränkt wird dieser weite Spielraum einzig durch das Kindeswohl. Beim Nachnamen sind die Grenzen allerdings starr. Dieses enge namensrechtliche Korsett hat die Gesetzesänderung zwar etwas gelockert, das

Namensrecht ist und bleibt jedoch eine Einschränkung des verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die einer Rechtfertigung bedarf. Die Ordnungs- und Identifizierungsfunktion zugunsten des Staates kann den Eingriff – wie dargelegt – aber nicht mehr rechtfertigen.

Im Namen der Freiheit

Überzeugender, weil effektiv antidiskriminierend wäre eine Liberalisierung in großem Umfang. Um es mit den Worten des Bundesministers der Justiz zum neuen Namensrecht zu sagen: „Recht ist, was der Freiheit dient." Ein echtes Antidiskriminierungsrecht ermöglicht Freiheit für alle. Dazu bräuchte es eine freie Namenswahl.

Zum Beispiel wegen namensbasierter rassistischer Diskriminierung: So zeigte eine Studie aus Österreich, dass Muhammed Asif schlechtere Chancen hatte eine Wohnung zu finden als Michael Gruber und das nur aufgrund seines Namens. Die Verwerflichkeit dieser Diskriminierung steht außer Frage und sie sollte auch nicht dazu führen, dass ausländische Namen zwangsläufig abgelegt werden. Doch ließe sich der Nachname freier wählen, könnte man aus dem Namen weniger Rückschlüsse auf die Herkunft einer Person ziehen. Es würde ebenfalls ermöglichen, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe freier zu wählen, etwa wenn eine Person ihrer Familie nicht nahesteht.

Allerdings ist nach neuem Namensrecht eine Namensänderung außerhalb der Eheschließung, Scheidung oder Adoption nur durch eine öffentlich-rechtliche Namensänderung möglich. Hierfür muss ein wichtiger Grund vorliegen. Typische Anwendungsfälle der öffentlich-rechtlichen Namensänderung sind anstößige oder lächerlich klingende Namen sowie Namen, die in Schreibweise oder Aussprache besonders schwierig sind. So könnte Herr Axel Schweiß aufgrund der lächerlichen Kombination aus Vor- und Nachnamen eine Namensänderung beantragen. Die öffentlich-rechtliche Namensänderung stellt somit den absoluten Ausnahmefall dar.

Wollen Personen also ihren Namen ändern, um Diskriminierung zu entgehen oder familiärer Identifikation, so ist ihre einzige Möglichkeit (abgesehen von der komplizierten öffentlich-rechtlichen Namensänderung) zu heiraten, um den Namen des Ehegattens anzunehmen. Überspitzt gesagt: Wer seinen Namen frei ändern möchte, muss sich einfach einen Ehegatten mit dem gewünschten Namen suchen. Dass eine Heirat die Namensänderung ermöglicht, der freie Wille jedoch nicht, ist in einer freiheitlichen Grundordnung wenig überzeugend.

Und schließlich ist das deutsche Namensrecht durch seine Reform komplexer denn je, obwohl es einfacher werden sollte. Eine Vereinfachung des Namensrechtes wäre aber durch eine durchgreifende Liberalisierung möglich. So könnte geregelt werden, dass die Wahl des Familiennamens frei ist, solange keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Wichtige Gründe könnten das Kindeswohl und Diskriminierung sein. Eine solche Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, wie es auch eine Stellungnahme zum Gesetzesentwurf fordert, würde das Recht maßgeblich vereinfachen. Gleichzeitig ließe sich staatlichen Interessen mit einer numerischen Kennziffer Rechnung tragen. Anhand einer solchen Kennziffer könnten etwa Sicherheitsbehörden und Zwangsvollstreckungsorgane Personen auch nach einer Namensänderung identifizieren. Der Name wäre dann einzig Ausdruck der eigenen Persönlichkeit.

Eine verpasste Chance

Statt das Namensrecht durchschlagend zu liberalisieren, hat der Gesetzgeber ein kompliziertes traditionelles Namensrecht beibehalten, das nur bruchstückhaft Diskriminierung verhindert. So hilft das neue Namensrecht zwar der Geschlechtergleichstellung, einzelnen Minderheiten und Menschen mit ausländischen Namen. Aber von einem freiheitlichen Namensrecht, das sowohl die identitätsprägende Funktion des Namens als auch das namensbasierte Diskriminierungspotenzial ernst nimmt, ist es weit entfernt. „Antidiskriminierungsrecht" kann sich das neue Namensrecht nicht nennen.

Lennart Laude, Andreas Daum

KI als neues Wahlkampfinstrument

Offene Flanke der KI-Regulierung?

doi: 10.59704/9e96c5f69bbfa94c

KI-Systeme werden auch in Deutschland verstärkt zur Erzeugung von politischen Inhalten verwendet. Politische Parteien nutzen die Fähigkeiten Künstlicher Intelligenz, um unwahre Inhalte über den politischen Gegner zu generieren und zu verbreiten. Eine Überprüfung zeigt, dass die neue europäische Digitalregulierung nicht auf politische Sachverhalte zugeschnitten ist. Insbesondere erfasst die verabschiedete KI-Verordnung eher wirtschaftliche Risiken als solche für den demokratischen Prozess. Dabei haben manche Parteien mit den von ihnen verbreiteten KI-Inhalten schon jetzt allgemeine verfassungsrechtliche Vorgaben klar verletzt. Angesichts der rasanten technischen Entwicklung ist eine zeitnahe Schaffung spezifischer Regeln für den KI-Einsatz im demokratischen Prozess notwendig.

Fakes ohne Grenzen

Der Oppositionsführer im britischen Unterhaus, Keir Starmer, war im Oktober 2023 Leidtragender des „ersten Deepfake Moments“ im Vereinigten Königreich. Ein KI-generiertes Video zeigte den Labour-Chef vermeintlich pöbelnd gegenüber Mitarbeitern. Eine Klarstellung konnte die Wirkungen nicht einfangen: Binnen weniger Tage hatte der Deepfake Millionen Aufrufe erzielt. Für den demokratischen Prozess stellt sich die grundsätzliche Frage, inwieweit Parteien, Politiker und Amtsträger zukünftig KI-Systeme zur Kommunikation mit dem Volk verwenden dürfen. Es überrascht wenig, dass die AfD in Deutschland als erste Partei die Grenzen des technisch und rechtlich Möglichen erprobt. In ihrem „Ampel-Adventskalender“ konnten täglich Äußerungen von Mitgliedern der Ampelregierung abgerufen werden – vermeintlich. Tatsächlich wurden Deepfake-Stimmen u.a. von Olaf Scholz, Annalena Baerbock und Friedrich Merz präsentiert – (natürlich) ohne jegliche Hinweise auf die Herkunft und auf den unwahren Charakter der Inhalte. Auch die FDP-Fraktion im nordrhein-westfälischen Landtag offenbarte ein sehr liberales Verständnis KI-basierter politischer Kommunikation, als sie – wiederum ohne jegliche Hinweise – ein gefälschtes Bild von Ministerpräsident Wüst verbreitete.

Es wäre leicht, diese Deepfakes als Spielerei oder übliche Härte des politischen Wettbewerbs abzutun. Diese Sicht ignoriert indes, dass die Auswirkungen und Gefahren für die Demokratie mindestens unklar sind. Angesichts der beständig festgestellten schwachen Medienkompetenz der Deutschen kann nicht darauf vertraut werden, dass KI-basierte Falschkommunikation als solche erkannt wird. Auch ist nicht absehbar, wie ungleich bessere KI-Systeme zukünftig wirken könnten.

Lücken der KI-Verordnung

Bei der Frage nach den rechtlichen Grenzen KI-basierter politischer Kommunikation und Mechanismen zu ihrer Überprüfung liegt zuerst der Blick nach Brüssel nahe, wo das Europäische Parlament Mitte März der KI-Verordnung (AI Act) zustimmte. Das Ziel der Verordnung ist die Förderung von „menschenzentrierter und vertrauenswürdiger künstlicher Intelligenz“ sowie die Etablierung eines „hohen Schutzniveaus in Bezug auf […] Grundrechte, Demokratie [und] Rechtsstaatlichkeit“ (vgl. Erwägungsgrund 1).

Der Gesetzgeber legt die Messlatte hoch: Die Verordnung verfolgt den Anspruch, die zentralen Risiken und Herausforderungen, die Künstliche Intelligenz für Staat und Gesellschaft mit sich bringt angemessen zu adressieren – und geht damit weit über die bisherigen Vorgaben des Produktsicherheitsrechts hinaus. Allerdings zeigt gerade das Beispiel der KI-generierten politischen Kommunikation, dass die neue Verordnung den hohen Ansprüchen nicht gerecht werden kann.

Parteien oder andere politische Akteure erwähnt die KI-Verordnung mit keinem Wort. Die Anwendung der KI-Verordnung auf die Parteien ergibt sich aus deren weit gefassten Begriffsdefinitionen. Als „Betreiber“ gilt etwa jede „*natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet*“ (vgl. Art. 3 Nr. 4 KI-Verordnung).

Als „Einrichtungen“ oder „sonstige Stellen“ können somit auch politische Parteien als „Betreiber“ im Sinne der KI-Verordnung gelten, wenn sie ein KI-System nutzen. Die Verwendung in eigener Verantwortung setzt keinen technischen Betrieb auf eigenen Servern voraus. Es reicht aus, dass der Betreiber ein KI-System auf fremder Infrastruktur für eigene Zwecke einsetzt.

Die KI-Verordnung verfolgt einen „risikobasierten Ansatz“, in dem Art und Inhalt der geltenden Pflichten sich nach der Intensität und dem Umfang der Risiken, die von dem jeweiligen KI-System ausgehen, richten. Daher sieht die KI-Verordnung erhöhte Pflichten für die Anbieter von „Hochrisiko-KI-Systemen“ (Art. 6 ff.) vor. Die Betroffenen müssen unter anderen spezielle Risikomanagement- und Dokumentationssysteme vorhalten. Als solche besonderen Algorithmen gelten auch „KI-Systeme, die *bestimmungsgemäß* verwendet werden sollen, um das Ergebnis einer Wahl oder das Wahlverhalten zu beeinflussen“, (vgl. Art. 6 Abs. 2, Anhang III Nr. 8 KI-Verordnung). Dieser Tatbestand ist jedoch nur einschlägig, wenn das KI-System gerade nach der Bestimmung des Anbieters dazu verwendet werden „soll“, das Wahlverhalten zu beeinflussen. Als Anbieter gelten diejenigen Personen, die ein KI-System entwickeln (lassen), in Verkehr bringen oder Betreibern bereitstellen (vgl. Art. 3 Nr. 3 KI-Verordnung), jedoch nicht die Betreiber, die das KI-System lediglich in eigener Verantwortung verwenden (vgl. Art. 3 Nr. 4 KI-Verordnung). Ein „Hochrisiko-KI-System“ zur Beeinflussung des Wahlverhaltens läge also (nur) vor, wenn eine Partei ein gänzlich neues KI-System entwickelt, um eine Wahl zu ihren Gunsten zu beeinflussen – etwa durch die automatisierte Verbreitung des Wahlprogramms.

Diese eng gefasste Bestimmung von Hochrisiko-KI dürfte an der Realität der KI-Verwendung durch Parteien vorbeigehen: Die Verantwortlichen der Parteien werden regelmäßig keine eigenen KI-Systeme entwickeln, sondern über das Internet auf (kommerziell) verfügbare KI-Anwendungen wie ChatGPT, Gemini, DallE3 oder Midjourney zugreifen. Bei Zugriff auf diese von Dritten in den Verkehr gebrachten KI-Systeme agieren Parteien lediglich als Betreiber im Sinne der KI-Verordnung. Die strengen Anforderungen an die Anbieter von Hochrisiko-KI-Systeme finden auf die Parteien keine Anwendung.

Die KI-Verordnung kategorisiert die genannten Anwendungen als „KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck“ und sieht für deren Anbieter (nicht jedoch deren Betreiber) spezielle Regelungen vor (vgl. Art. 3 Nr. 63, Nr. 66, Art. 53 ff. KI-Verordnung).

Kennzeichnungspflichten für KI-Inhalte und Deepfakes

Das wichtigste Instrument für die Regulierung von KI-basierter Kommunikation im politischen Bereich wird daher wohl die Kennzeichnungspflicht zu KI-Inhalten nach Art. 50 KI-Verordnung sein. Eine Analyse zeigt, dass genau an dieser Stelle erhebliche Unklarheiten in der Konkretisierung und Durchsetzung der Pflichten bestehen.

Eine zentrale Vorgabe ist Art. 50 Abs. 4 KI-Verordnung, nach dem die Betreiber eines KI-Systems, *„das Bild-, Ton- oder Videoinhalte erzeugt oder manipuliert, die ein Deepfake sind*“, offenlegen müssen, dass die Inhalte künstlich erzeugt oder manipuliert wurden. Die scheinbar einfache wie klare Regelung hat jedoch deutliche Schwächen. Zunächst weist die gesetzliche Definition des „Deepfakes“ starke subjektive Elemente auf. Nach Art. 3 Abs. 60 KI-Verordnung kommt es darauf an, dass der Bild-, Ton- oder Videoinhalt einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde. Bei Wahrnehmenden wird in Abhängigkeit von Alter, Sozialisierung und digitaler Affinität die Beurteilung von falschen KI-Inhalten jedoch vielfach unterschiedlich ausfallen. Die Definition des „Deepfakes“ vermittelt eine vermeintliche Objektivität, die in einem diversen Publikum nicht besteht. Darüber hinaus präsentiert die KI-Verordnung ein Schlupfloch für einen böswilligen Betreiber, der falsche politische KI-Inhalte verbreiten will: Soweit der Inhalt nach Art. 50 Abs. 4 S. 3 KI-Verordnung *„Teil eines offensichtlich künstlerischen, kreativen, satirischen, fiktionalen analogen Werks oder Programms*“ ist, beschränken sich die Transparenzpflichten darauf, dass Betreiber auf den Ursprung der Inhalte in geeigneter Weise hinweisen, *„die die Darstellung oder den Genuss des Werks nicht beeinträchtigt*.“ Es braucht nicht viel Fantasie, dass vor allem Parteien sich auf den bereits viel bemühten satirischen Zweck der falschen KI-Inhalte berufen werden und den Hinweis auf den „künstlichen“ Ursprung des Inhalts kaum wahrnehmbar platzieren.

Keine ausreichende Verzahnung von KI-Verordnung und DSA

Überdies ist der Durchsetzungsmechanismus für die Kennzeichnungsregeln des Art. 50 Abs. 2, Abs. 4 KI-Verordnung unklar. Sind ungekennzeichnete KI-Inhalte

im Einzelfall als rechtswidrig zu entfernen, wenn sie in einer Online-Plattform verbreitet werden? Naheliegend wäre, hier eine Verzahnung zwischen der KI-Verordnung und dem Digital Services Act (DSA) als zentralem Baustein der europäischen Plattformregulierung zu schaffen. Nach Art. 16 ff. DSA müssen Hostingdienste und Online-Plattformen ein Notice-und-takedown-Verfahren implementieren, mit dem rechtswidrige Inhalte gemeldet und entfernt werden.

Genau diese Kopplung seiner Regulierungsinstrumente will der Unionsgesetzgeber aber scheinbar vermeiden. So bestimmt Erwägungsgrund 136 KI-Verordnung explizit, dass die fehlende Kennzeichnung die Bewertung der Rechtswidrigkeit von Inhalten nicht berühren soll (*without prejudice*). Die Bewertung der Rechtswidrigkeit von KI-Inhalten soll allein unter Bezugnahme auf die Regelungen zum Äußerungsinhalt erfolgen. Wenngleich angesichts der Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung (Art. 11 GRCh) eine vorschnelle Löschung von Inhalten vermieden werden muss, wird hierdurch das Vorgehen gegen KI-Inhalte insgesamt erschwert. Bei Verwendung von KI-Systemen können in Sekundenschnelle Inhalte generiert und in Online-Plattformen verbreitet werden. Ist trotz fehlender Kennzeichnung eine Einzelfallprüfung der Rechtswidrigkeit notwendig, kann während der Dauer dieser Prüfung bereits irreversibler Schaden entstanden sein. Das oben zitierte Beispiel zu Keir Starmer zeigt, dass eine ex post-Benennung eines Deepfakes keine effektive Lösung darstellt, wenn der Inhalt zuvor millionenfach rezipiert wurde.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die europäische Digitalregulierung das Problem politisch eingesetzter Deepfakes und massenhaft verbreiteter KI-Inhalte nicht hinreichend aufnimmt. Die Regelungen der KI-Verordnung, speziell für Hochrisiko-KI-Systeme und solche mit allgemeinem Verwendungszweck, regeln primär deren kommerzielle Verwendung. Der sensible politischen Bereich wird durch die insoweit wirtschaftlich ausgerichtete KI-Verordnung nur am Rande und eher beiläufig miterfasst. Spezifische Mechanismen zur Entfernung massenhaft verbreiteter, nicht gekennzeichneter KI-Inhalte bestehen nicht.

Die kommunikative Rolle der Parteien unter dem Grundgesetz

Welche Möglichkeiten bleiben von KI-basierter Kommunikation betroffenen Parteien angesichts fehlender spezifischer (unionsrechtlicher) Mechanismen? Wenngleich die regulatorische Wirkung des Verfassungsrechts für technische Fragestellungen regelmäßig überschaubar ist, lassen sich dem Grundgesetz an dieser Stelle wesentliche Vorgaben entnehmen. Wendet man es auf die o.g. Beispiele der AfD und FDP an, zeigt sich, dass ihre KI-basierte Kommunikation im verfassungswidrigen Bereich liegt.

Dem Grundgesetz liegt eine Vorstellung des demokratischen Prozesses zugrunde, in dem den Parteien als Mittler zwischen Staat und Gesellschaft agieren. Sie sollen und müssen in dieser durch Art. 21 Abs. 1 ausgeformten Mittlerfunktion versuchen, die Meinungsbildung der Wähler zu beeinflussen. Im Grundsatz sind Parteien beim Verbreiten ihrer Meinungen daher durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (über Art. 19 Abs. 3 GG) geschützt. Anders als Staatsorgane sind Parteien dabei nicht zur Neutralität verpflichtet. So sind inhaltliche Zuspitzungen wie die Aussage, die CSU sei die „NPD von Europa“, trotz der darin enthaltenen tatsächlichen Elemente insgesamt als Werturteil eingeordnet und dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG zugeordnet worden.

Der verfassungsrechtliche Favor hat jedoch Grenzen, soweit die Verantwortlichen der Parteien bewusst unrichtig kommunizieren. Wird ein Sachverhalt nicht vereinfacht, sondern im Kern falsch dargestellt, können sich Parteien nicht darauf zurückziehen, eine Äußerung sei nur polemisch überzogen. Sobald Parteien mithilfe von KI-Systemen vermeintliche Aussagen des politischen Gegners erzeugen, handelt es sich um nachweislich unwahre Information – nämlich dergestalt, dass sich der Gegner in der verbreiteten Form tatsächlich geäußert habe. Die Verbreitung einer unrichtigen Information kann ungeachtet der Motive und des genutzten Forums im Wahlkampf nichts zum Meinungsbildungsprozess beitragen.

Die Parteien haben im Rahmen ihrer durch Art. 21 Abs. 1 GG bestimmten Aufgabe die Pflicht, auf die Mitteilung richtiger Informationen zu achten. Sobald sie falsche KI-Inhalte verbreiten, verletzen sie ihren Auftrag zur Förderung des demokratischen Willensbildungsprozesses. Die Verbreitung dieser Inhalte ist nicht vom

Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst.

Prozessuale Geltendmachung

Wenngleich KI-basierte politische Kommunikation (soweit ersichtlich) noch nicht Gegenstand gerichtlicher Verfahren gewesen ist, können verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Verfahren eine Möglichkeit zur Überprüfung der beschriebenen Grenzen darstellen. Zunächst können betroffene Personen unmittelbar eine Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts geltend machen. Daneben dürfen Fraktionen – in den o.g. Beispielen der AfD und FDP – nach den Maßstäben des öffentlich-rechtlichen Äußerungsrechts nicht bewusst Unwahrheiten verbreiten und haben Sachlichkeitsanforderungen zu beachten. Die Verbreitung KI-basierter Falschinformationen verstößt gegen diese Sachlichkeitsanforderungen und kann einen rechtswidrigen Eingriff in die Chancengleichheit anderer Parteien darstellen. Für die Informationstätigkeit von Fraktionen ist richtigerweise der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (Mast in Conrad et al, Handbuch öffentlich-rechtliches Äußerungsrecht, § 6 Rn. 68 ff.). Insoweit könnten in den o.g. Beispielen die betroffenen Fraktionen die KI-basierte Kommunikation verwaltungsgerichtlich prüfen lassen.

Notwendigkeit einer politischen Komponente der KI-Regulierung

Mit Anwendbarkeit der KI-Verordnung – uneingeschränkt (erst) 24 Monate nach Inkrafttreten – wird die Digitalregulierung der EU auch die Verwendung von KI-Systemen erfassen. Nach aktuellem Stand erfasst der risikobasierte Ansatz wirtschaftliche Fragen stärker als den Schutz des demokratischen Prozesses. Insbesondere erschwert die fehlende Verzahnung mit dem DSA die Prüfung (rechtswidriger) KI-Inhalte. Es bedarf spezifischer Mechanismen zur Regulierung der KI-Verwendung im demokratischen Prozess. Unionsrechtlich wird etwa die Möglichkeit bestehen, durch Leitlinien etwa nach Art. 6 (5) KI-Verordnung die Risiken im demokratischen Prozess zu konkretisieren. Auf nationaler Ebene sind Regelungen für Parteien und Fraktionen, etwa im PartG, zu erwägen. Nach ersten Beobachtungen scheint ohne klare rechtliche Vorgaben jedenfalls für einige Parteien das Täuschungspotenzial von KI interessanter als eine transparente Verwendung dieses neuen Wahlkampfinstruments.

Marco Mauer

The Unbearable Lightness of Interfering with the Right to Privacy

ECJ on Data Detention in La Quadrature du Net II

doi: 10.59704/4ccb442bfbd1bc01

The European Court of Justice has once again ruled on national data retention legislation. In *La Quadrature du Net II* ("LQDN II", Case C-470/21), the Full Court allowed the indiscriminate retention of IP addresses for the purpose of combating copyright infringements. Although the judgment does not openly contradict its previous case law, the Court applies a lower standard of scrutiny when Member States retain IP addresses to identify their citizens online. This encourages Member States to try and implement indiscriminate retention regimes for IP addresses and other categories of personal data in the future, and raises the question of whether the Court will maintain its generally critical stance towards interferences with the right to privacy. It seems that the Court is slowly but surely abandoning its role as guardian of this fundamental rights and allowing governments to collect vast amounts of data on their citizens in order to solve minor crimes.

Previous Data Retention Case Law

Before considering the present decision, it is worth recalling the historical development of the Court's case law on data retention.

Originally, Directive 2006/24 harmonized national data retention rules. It required providers of electronic communication services and networks to retain communications traffic data about their users and to hand them over to national authorities on request. In *Digital Rights Ireland* (2014) the Court invalidated this directive. It held that while data may be retained to combat serious crime, any interference with the rights to privacy and data protection must be subject to strict scrutiny and limited to what is strictly necessary to achieve that objective. The indiscriminate retention of traffic data about the entire European population did not meet these criteria.

Without a specific legal basis for indiscriminate data retention, the national retention regimes were obliged to comply with Article 15(1) of the ePrivacy Directive. In *Tele2 Sverige* (2016) the Court clarified the obligations of national legislators when introducing data retention regimes. In essence, it held that these rules, where their purpose is to combat crime, are subject to the same level of scrutiny as that developed in the *Digital Rights* case. Article 15(1) contains an exception to the general obligation to erase communications traffic data once they are no longer needed, and national legislation may not make retention the rule. Indiscriminate data retention is a serious interference with the right to privacy and data protection. Therefore, legislatures must be able to show – based on objective evidence – that a link exists between the data to be retained and an offence to be prosecuted. Furthermore, procedural safeguards must be in place so that authorities cannot access the retained data without prior authorization by an independent body.

The Court's reputation as a persistent opponent of broad data retention regimes was first dented in 2020. In *La Quadrature du Net I* (2020) the Court of Justice allowed indiscriminate retention for certain categories of data. It argued that the retention of IP addresses can be justified to protect national security and combat serious crime if the retention period is limited to what is strictly necessary. Data relating to the civil identity of users may even be retained to investigate 'ordinary' crime.

La Quadrature du Net II

La Quadrature du Net II confronted the Court with the French authority Hadopi, a body charged with investigating copyright infringements. Rights owners send complaints to Hadopi containing the IP addresses of alleged infringers. The authority can then order internet service providers to identify the holders of these addresses using retained data. Hadopi initially warns infringers, but can refer repeat offenders to a criminal prosecutor.

This setup raises several questions. First, whether it

is permissible for communications providers to retain IP addresses indiscriminately in order to prosecute minor offences such as copyright infringement ("the retention question"). Second, whether and when Hadopi may access the retained data ("the access question"). And finally, whether such access must be subject to prior judicial authorization.

The "retention question" forced the Court to revisit its statements in *LQdN I*, in which it declared the retention of IP addresses to be permissible in the fight against serious crime. In *LQdN II*, the Court maintains that data retention that *seriously* interferes with fundamental rights can only be justified to combat *serious* crime. If the interference is *non-serious*, however, it may be used to combat *any* crime (para. 77–85). An interference caused by the retention of IP addresses is non-serious when it is ruled out that the retained data can be combined in a way that allows precise and thus invasive conclusions to be drawn about a person's private life (para. 82). The Court provides "guidance" on the retention arrangements that Member States must maintain to avoid such inferences being drawn: the different categories of retained data must be stored separately in a "genuinely watertight" manner, and the reliability of that separation must be regularly reviewed by a public authority (paras 86–89).

Obviously, simply storing IP data has no value when Hadopi cannot retrieve it to identify infringers. The Court thus turned to the "access question" reusing the distinction it just established between serious and non-serious interferences: Although copyright infringement is rarely serious, Hadopi may use the retained data to identify the perpetrator if the interference caused by the access itself is not serious. Hadopi only receives IP addresses and data that can be used for identification. In typical cases that is not enough to draw precise conclusions about the private lives of the alleged infringers and therefore not a serious interference (para. 99–100). Accordingly, authorities may, in principle, access that data to combat ordinary crime.

Whether the access is justified depends on its necessity in the individual case. The Court seems to have no general objection to Hadopi accessing the data to investigate copyright offences. It argues that only a few individuals at Hadopi, who are bound to confidentiality, have access to the data (para. 113–14) and that some offences can only be solved by identifying the owners of IP addresses or by even more intrusive measures (para. 116–21). This analysis of the necessity of the interference consists of only a few short paragraphs. It does not discuss whether certain offences can be easily solved without accessing retained data, nor does it task the referring court with evaluating this possibility. It simply accepts Advocate General Szpunar's claim that without access to the retained data there is a serious risk of mass impunity for internet crimes.

Having established that IP addresses may be retained and accessed for the purpose of prosecuting copyright infringement, the Court had to decide whether access to the data requires prior judicial authorization. In *Tele2* the Court had held that "as a general rule" the access to retained data should be subject to prior review by a court or an independent administrative body. In *LQdN II*, the Court reiterates that the prior review rule should apply only to serious interference and that non-serious interference does not require prior review (para. 124–31). Applied to Hadopi, this means that prior review is required when merging the identities of repeat offenders with information about the breaches they have committed (i.e., the songs they listened to). The reason is that in "atypical cases" merging this data might allow precise conclusions to be drawn about their media consumption or even more sensitive information, making it a serious interference (para. 110–11, 135–39). The authorization must be denied in these cases unless the alleged copyright violation is a serious crime (para. 145–46).

A Departure From the Court's Approach to Data Retention?

The recent *LQdN II* judgment has been criticized as a turning point in the Court's jurisprudence, caused by the Member State's refusal to comply with the cases since *Digital Rights* and *Tele2*.

A friendly reading might conclude that the approach taken in *LQdN II* is in line with *Digital Rights*and merely nuances the Court's previous jurisprudence. *Digital Rights* is based on the seriousness of the interference with fundamental rights caused by the perception of constant surveillance. *LQDN II*holds that this premise does not apply to all categories of data in all circumstances, and therefore less scrutiny may be justified in some cases. Furthermore, the Court is still unwilling to allow the continuation of far reaching mass retention regimes similar to that introduced by Directive 2006/24, and has consist-

ently declared them unlawful (see, e.g. *SpaceNet* (2022)). *LQdN II* does not yield to the Member States in that regard.

However, what the Court presents as nuance is a complete abstention from proportionality assessment for certain categories of data. It does not balance the non-severe interference caused by the retention of IP addresses against the competing interest of combating ordinary crime. Instead, it stops its assessment once it has established the seriousness of the interference. In doing so, the Court is even more permissive than in *LQdN I*, where it used a positive obligation to prosecute certain crimes as a counterweight to justify the retention of IP addresses.

This prevents the Court from considering less intrusive ways of combatting cybercrime. "Expedited retention" or "quick freeze" is a commonly contemplated measure. The Court was already confronted with an expedited retention regime in *LQDN I* and yet it does not engage with this option.

Shortening the analysis also prevents other issues from previous cases from being included in the judgment. Indiscriminate retention of IP data does away with anonymity on the internet. The judgment, however, fails to address whether this could have a chilling effect on the exercise of the right to freedom of expression, as the Court has feared in the past.

Even if *Digital Rights* is not dead as a matter of law it is dead as a matter of spirit. Rather than simply reviewing the compliance of the French regime with the Charter, the Court provides detailed guidance on how to design a national regime for bulk retention of IP addresses and identifying data. This proactive guidance, the absence of any reference to the *Digital Rights* judgment, and the fact that *LQdN II* was rendered by the Full Court invites the Member States to be creative with their retention regimes and try to find new ways to massively retain personal data in a supposedly non-serious fashion.

With *LQdN II* it is likely that Member States put in place systems that walk the line between serious and non-serious rights interferences and that this, in turn, will lead to further litigation. The data retention saga before the Court is not over and it remains to be seen whether the Court will keep taking fundamental rights seriously.

Daniel Holznagel

Follow Me to Unregulated Waters!

Are Major Online Platforms Violating the DSA's Rules on Notice and Action?

doi: 10.59704/80267b8bd7a278a4

The Digital Services Act (DSA) is aiming at making the internet safer. Amongst others, the DSA is empowering users to notify platforms about illegal content and (!) to make them take action—so called "notice and action", Art. 16 DSA. Just a few weeks ago, the European Commission opened proceedings against Meta concerning, amongst others, its reporting mechanisms. Obviously, the Commission is suspecting infringements by Meta in this field—though no details have been published as of today.

In this article, I will demonstrate how some major platforms are failing to properly implement the DSA's rules on notice and action mechanisms. In my view, many platforms are unduly nudging potential notice-senders (hereinafter: *reporters*) to submit weak, largely unregulated Community Standards flags. At the same time, platforms are deterring users from submitting (strong) notices regulated under the DSA.

For illustration, TikTok will serve as an example. However, many online platforms are showing similar flaws. E.g., Facebook's and Instagram's reporting mechanisms are as problematic as TikTok's.

The findings in this article are based on a collaboration with the Human Rights Organization HateAid, which has launched broad investigations into reporting mechanisms of all major platforms.

Parallel Reporting

For a better understanding I shall firstly explain the phenomenon of parallel reporting flows. Theoretically, platforms *could* take Art. 16 DSA as a floor, not as a ceiling, and treat *all* content moderation reporting according to the standards set out in Art. 16 DSA. However, all major platforms opted against this. Instead, they are channeling reporting into two then strictly separated sets of complaints:

- (mostly unregulated) complaints about alleged violations of Community Standards or Terms of Services (ToS), hereinafter: ToS-flag,
- (regulated) complaints about possible violations of EU- or Member States laws, hereinafter: DSA-notice.

To some extent, platforms can justify this separation with transparency obligations, as they are required to report on the metrics of DSA-notices. However, platforms might follow a purely economic rationale when, beyond differentiating for transparency reasons, they heavily aim at putting reports into two very distinct categories and treating them differently: DSA-notices must be processed under the regulatory umbrella and oversight of the DSA, while ToS-flags are much less regulated. On average, processing of DSA-notices requires more resources and might lead to stricter accountability. E.g., refusing to act on notified content after receiving DSA-notices might result in costly follow-on-measures through Art. 20, 21 DSA (which require human intervention). Moreover, only DSA-notices might trigger strong regulatory oversight, e.g. regarding Art. 16(6) S. 1 DSA which requires platforms to "process … notices … in a timely, diligent, non-arbitrary and objective manner". Therefore, one can assume that platforms prefer to have reporters send them ToS-flags instead of DSA-notices.

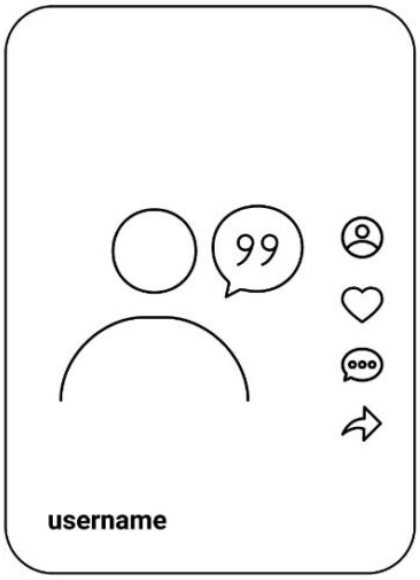
And indeed, platforms are (unduly) designing their reporting mechanisms to foster such outcomes:

Illustration: TikTok's Reporting Mechanism

Nowadays, most reporting of content takes place through pre-designed click-through reporting flows. Interestingly, major platforms opted for a pretty similar design of these reporting flows. Platform design here mainly consists of three relevant stages, which I refer to as "Initiation", "Segregation" and "Submission". Let me illustrate this for TikTok:

Step 1—Initiation

Users can enter the reporting process through symbols directly attributable to the piece of content in question (hereinafter "Initiation"-stage of reporting mechanisms). Platforms might use a flag-symbol, three dots, or—as illustrated here mimicking TikTok's in-App-design—an arrow (which leads reporters to a submenu containing a flag-symbol):



(illustration: Initiation-stage with Arrow-link)

Step 2—Segregation

Clicking on the arrow and then (in the submenu) on "Report" will lead to a second, most consequential stage where reporters are asked to specify their concern (hereinafter: Segregation-stage), as shown in the next illustration simulating TikTok's design:



(illustration: Segregation-stage)

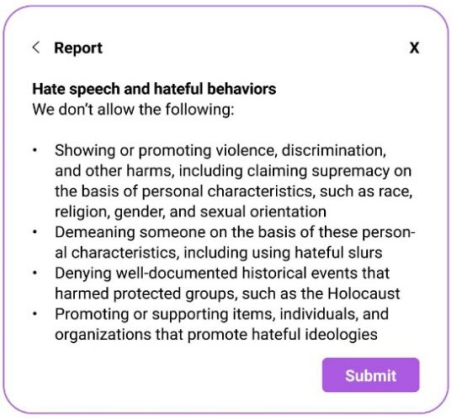
Reporters are asked to "select a reason" from a list of categories of prohibited content, for most parts mirroring the platform's Community Standards. But that list also includes a link referring to "illegal content", e.g. for TikTok: "Report illegal content". For TikTok, note that, with some smartphones, it is necessary to scroll a bit to find the link "Report illegal content".

From a platform perspective, this Segregation-stage is crucial, as it will determine whether the platform will treat the respective report as a mere ToS-flag or a DSA-notice. We must assume that platforms only treat reports as DSA-notices when reporters click "Report illegal content" (in the example). Transparency reporting according to Art. 15 DSA supports this assumption (reported metrics for DSA-notices support the conclusion; some platforms even provide corresponding explanation, e.g. TikTok's DSA Transparency Report September to December 2023, p. 4: "… we have introduced an additional reporting channel … to 'Report Illegal Content,' which enables users to alert us to content they believe breaches the law").

Step 3–Submission

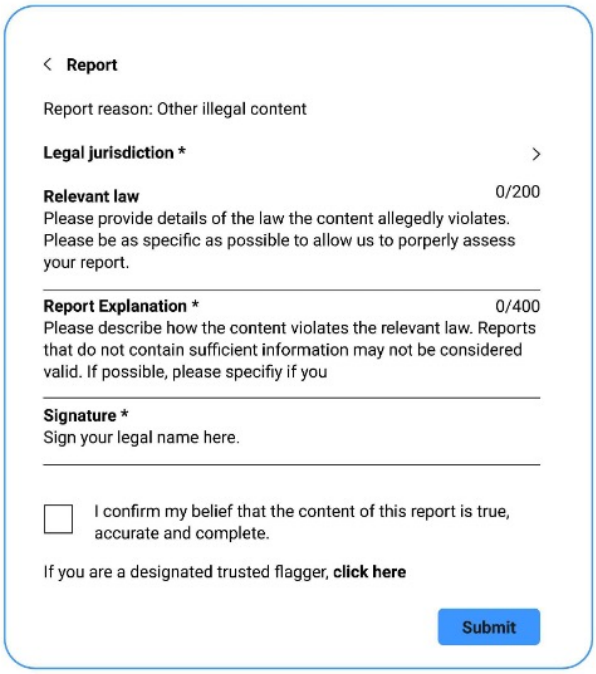
Following this Separation-stage, reporters are then taken to the final stage of the process, where they are asked to submit their report. However, this Submission-stage is heavily segregated, meaning that it looks very different for ToS-flags compared to DSA-notices.

If reporters had been clicking on one of the many descriptions for Community Standards violations (e.g. "Hate and harassment"), their (ToS) Submission-stage will look pretty neat and easy:



(illustration: Submission-stage for ToS-flags)

However, when, at prior Segregation-stage, reporters had been clicking "Report illegal content" leading platforms to treat the report as a DSA-notice, then things get complicated, and reporters are directed to a rather deterring Submission-stage, as (abstractly) illustrated for TikTok here:



(illustration: Submission-stage for DSA-notices)

In this case, reporters are obliged to specify "Legal jurisdiction", and to provide an email address (this is only required for logged out users, not shown in the graphic), a "Report Explanation", a "Signature" ("legal name") and a confirmation of accuracy. Moreover, reporters are warned about possible consequences of unfounded reports (it requires scrolling to see the warning, not shown in the graphic above).

Reporting Mechanisms Not "User-Friendly"

In my view, the platform design illustrated above goes against the imperative of Art. 16(1) to put in place "easy to access and user-friendly" reporting mechanisms:

Initiation-Stage:

Initiation not easy to access: On TikTok's app, the most conventional way to enter the reporting mechanism is through clicking the arrow-symbol, which will lead you to a submenu containing a "Report"-link. However, the arrow's main function is well-known for sharing content. Thus, users might not expect an entry to reporting. One might therefore argue that in TikTok's app, reporting mechanisms are not "easy to access" (Art. 16(1) S. 2 DSA), as they are not "clearly identifiable" (as required by Recital 50 S. 3 DSA).

Segregation-Stage:

Misleading users towards uninformed decisions: At Segregation-stage, reporters might be misled about the consequences of the decision they are about to make. The platform is seemingly asking to specify the *nature of the reported content* ("Select a reason"). But without explicit explanation, the platform will use the decision to determine the *legal nature of the report* (weak ToS-flag or strong DSA-notice).

"Report illegal content" is difficult to find: It seems that only the link "Report illegal content" will make the platform treat a user's reporting as a strong DSA-notice. However, it takes some effort to identify the relevant hyperlink (one link among many others, all indicating somewhat similar "reasons") and scrolling might be required to find the link.

Nudging reporters against their legitimate interests: Both aforementioned factors implicate a substantial nudging towards (weak) ToS-flagging. This nudging comes at the cost of legitimate interests of users: Average reporters might not think about the differentiations between ToS-flags and DSA-notices at all. In doubt, platforms should assume that reporters will prefer to rely on a robust (and regulated) notification regime, that is, a (strong) Art. 16 DSA-notice. When platforms are trying to turn this logic upside-down by incentivizing ToS-flagging over DSA-notices, they are doing so only in their own economic interests and at the costs of average reporters' legitimate interests.

Submission-Stage:

Illegitimate requests: While Art. 16(2) DSA requires platforms "to enable and to facilitate the submission of notices containing" granular information, Art. 16 does not (!) allow to make such data conditional (Recital 50 S. 5 DSA: "should allow, but not require"). Thus, TikTok is illegitimately requiring reporters to provide email address (logged out users), jurisdiction, explanation, and signature. This will deter users from submitting DSA-notices.

Burdensome and puzzling requests: TikTok's request to specify a jurisdiction might also confuse reporters: What is TikTok referring to? A legal forum? Applicable speech restrictions? Most likely: the latter. However, in this case its menu lacks a check-box for "Union law". Another shortcoming: Reporters cannot select multiple ju-

risdictions.

Disproportionate warnings: TikTok's warnings about unfounded reports seem out of proportion. The warnings also seem unbalanced as TikTok does not provide respective warnings for ToS-flags.

Erroneous Processing of DSA-Notices?

Not only does such a platform design lead to a violation of Art. 16(1) DSA (reporting *mechanisms* not "easy to access and user-friendly"). In my view, it also leads to follow-on mistakes: As we have seen, platforms are nudging reporters to submit "weak" ToS-flags instead of "strong" DSA-notices. However, this only determines de-facto treatment of notices: From *the platforms'* perspectives, reports will mostly belong in the bucket of mere "unregulated" ToS-flags. But how platforms categorize a given report does not ultimately determine the true legal nature of that report.

Art. 16(1) S. 1 DSA legally defines what a DSA-notice is: A communication ("notify") about a specific content that the reporter "considers to be illegal content". This definition does not depend on how a platform *subjectively wants* to categorize a given report. Instead, the following question is decisive: How would a neutral third-party observer interpret the report? To answer this question, platform expectations must be considered, but only within the realm of "legitimate expectations" (a well-accepted principle for interpretation of legal declarations). That in mind, one can well argue that even when reports—through platform nudging and misleading—land in the ToS-bucket, the respective reporter (from a neutral observer's perspective) might still aim at reporting content which *the reporter* considers "illegal". His report then still is a DSA-notice, though the platforms might erroneously *think* they are allowed to treat it as mere ToS-flag, but this expectation is not legitimate. Think of the following example: A reporter does, at Segregation-stage, find and click "Report illegal content". He then is scared by the unjustified requests for name, explanation, and jurisdiction. Discouraged, he clicks back to Segregation-stage and there clicks "Hate and harassment", which TikTok then will handle as a mere ToS-flag. Would an observant third party necessarily interpret such reporting accordingly? I don't think so!

If one follows this reasoning, then platforms will—in vast amounts—erroneously treat DSA-notices as mere ToS-flags. E.g., platforms will very likely not include these reports in their transparency reporting (Art. 15, 24 DSA), and they might not allow mandatory reviews of moderation decisions (Art. 20, 21 DSA). All these are follow-on mistakes infected by the platforms' decision to one-sidedly steer reporters towards ToS-flags.

Conclusion and Outlook: DSA-Proceedings?

Through the design of their reporting flows, platforms are nudging users to submit weak ToS-notices, which leads platforms to count fewer (strong) DSA-notices falling under the regulatory oversight of the DSA. Such a design might be described as a "follow me to unregulated waters" – approach. In my view, this amounts to a violation of Art. 16(1) DSA. It also might lead to follow-on mistakes when DSA-notices are erroneously not treated as such.

In this article, TikTok just served as an example. All major platforms, to some degree, show similar shortcomings (Facebook, Instagram and X seem similar, LinkedIn seems worse, YouTube and Pinterest do better). As a promising start, the Commission has opened proceedings against Meta regarding its reporting mechanisms. And we might hope that the Commission will look into the aspects described here. But competent Digital Services Coordinators should also start investigating other platforms (all platforms mentioned have their seat in Ireland, putting Coimisiún na Meán in charge).

Janine Prantl

After Switzerland Comes Austria

Why the ECtHR could soon grant individual standing in a climate mitigation case for the first time

doi: 10.59704/dbff961e1b425478

The *KlimaSeniorinnen* judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) has been the subject of intense debate for several weeks. One focus was on the question of standing, i.e., who can bring a lawsuit connected to climate change and human rights before the ECtHR.

However, less attention has been paid to the question of the impact of the judgment on currently pending climate change cases before the ECtHR. This blog post sheds light on "climate change case number four", a case against Austria primarily challenging the shortcomings of the Austrian Climate Protection Act.

In *Müllner vs Austria*, Mex M., who suffers from multiple sclerosis and whose health condition worsens with rising temperatures, will have to overcome the high threshold for individuals to qualify as victims in climate change cases. "If Mex is not particularly affected by the climate crisis, then nobody is," says his lawyer Michaela Krömer. Chances are indeed promising for Mex M., mainly because of the direct correlation between the temperature rise and his health, underpinned by vast scientific evidence and a lack of reasonable personal adaptation measures. The even more important question, however, is how the ECtHR will address the substance of the case. In this blog post, I argue that the ECtHR should classify the shortcomings in the Austrian Climate Protection Act as a violation of the European Convention on Human Rights (ECHR).

Lack of legal remedies to challenge the Climate Protection Act

Under Austrian law, there is no remedy for legislative inactivity. Laws can be challenged before the Austrian Constitutional Court through an individual application only under three strict conditions: The law must (i) directly affect the applicant's legal position, (ii) take effect without a judgment or decision, and (iii) other means of challenging the law must be unreasonable (Article 140 para. 1 of the Federal Constitutional Act).

Due to these conditions, shortcomings of the Austrian Climate Protection Act cannot be effectively challenged before the Constitutional Court. This is why the "first climate action" before this Court did not address the Climate Protection Act itself. Instead, the applicants submitted an individual application for the repeal of specific provisions (of the Value Added Tax Act 1994 and the Mineral Oil Tax Act 1995) that favored air transport over rail transport for tax purposes. These tax concessions would cause people to choose air travel over rail, thereby encouraging climate-damaging behavior. The applicants argued that this violated their rights under Articles 2 and 8 of the ECHR, which have constitutional status in Austria.

However, the Constitutional Court ruled that the disputed laws did not interfere with the legal sphere of the applicants. It was not sufficient for the Court that the applicants did not (want to) use air carriers for cross-border passenger transport services, but those of rail services (E. 3.2.2.).

The Case of Mex M.

Lawyer Michaela Krömer has taken one of the individual applicants from the "first climate action" before the Austrian Constitutional Court to the ECtHR. Mex M. suffers from a special form of multiple sclerosis, the so-called Uhthoff phenomenon, where rising temperatures directly impair his mobility. The main argument for Mex M.'s victim status is that his rights under Articles 2 and 8 ECHR have already been specifically violated, particularly since he becomes confined to a wheelchair at 25°C and cannot move without assistance at 30°C. The complaint to the ECtHR is extensively supported by medical and scientific reports documenting his health status and deterioration, as well as the significantly lower life expectancy in Austria if the average number of days with temperatures exceeding 25°C continues to rise.

As a reminder, in the *KlimaSeniorinnen* case, the ECtHR established that to qualify as a victim under Article 34 ECHR, individual applicants must (i) be subject to a

high intensity of exposure to the adverse effects of climate change, and (ii) face a pressing need for individual protection due to the absence or inadequacy of reasonable measures to reduce harm.

The applicants in that case failed to satisfy these requirements. The ECtHR found that they were not in any critical medical condition. For instance, no direct relationship was established between the temperature rise and the applicants' asthma (para. 534).

> "It cannot be said that the applicants suffered from any critical medical condition whose possible aggravation linked to heatwaves could not be alleviated by the adaptation measures available in Switzerland or by means of reasonable measures of personal adaptation given the extent of heatwaves affecting that country. It should also be reiterated that victim status in relation to future risk is only exceptionally admitted by the Court and the individual applicants have failed to demonstrate that such exceptional circumstances exist in their regard." (para. 533)

Given the robust and promising evidence in Mex M.'s case, and the direct correlation between the deterioration of his health (including the decrease of his life expectancy) and rising temperatures, these requirements could indeed be met. The question of personal adaptation also supports Mex M.'s claim. It seems inadequate and incompatible with the essence of Article 8 ECHR if the ECtHR were to require Mex M. to relocate from Austria – away from his familiar environment and support network – to a country with lower average temperatures.

The substance: Shortcomings of the Austrian Climate Protection Act

Regarding the substance of the case, it should be noted that the ECtHR has made it clear in *KlimaSeniorinnen* that Article 8 of the ECHR "requires that each Contracting State undertake measures for the substantial and progressive reduction of their respective GHG emission levels, with a view to reaching net neutrality within, in principle, the next three decades" (para. 548). To comply with their obligation under Article 8 ECHR to mitigate climate change, Contracting States need to adopt general measures specifying a timely target for achieving carbon neutrality and define the overall remaining carbon budget for the same time frame (or another equivalent method of quantifying future GHG emissions). The ECtHR also requires that Contracting States provide evidence showing whether they have duly complied, or are in the process of complying, with the respective targets and that the targets are regularly updated (para. 550).

The Austrian Climate Protection Act does not meet these requirements. It does not enshrine the achievement of climate neutrality by 2040 (proclaimed in the current Austrian government's program), and there is no other binding enshrinement of this goal under Austrian law. Furthermore, the Act has not been updated; it only defines annual emission ceilings until 2020, and the targets for 2017 to 2020 were not adapted to EU standards. Notably, Austria only met the Kyoto Protocol targets between 2013 and 2020 due to emission credits from earlier years and short-term emission drops during the COVID-19 pandemic. Further shortcomings of the Austrian Climate Protection Act were identified in a report by Eva Schulev-Steindl, Miriam Hofer, and Lena Franke. These include a lack of accountability and control mechanisms, regular monitoring, and concrete action plans. Consequently, Daniel Ennöckl considers the structure of the Austrian Climate Protection Act to be inadequate under international law. This perspective seems even more valid now after the *KlimaSeniorinnen* judgement of the ECtHR. Even if the ECtHR did not strictly apply all the criteria it has outlined, it is apparent that Austria would fail to meet the requirements to comply with Article 8 ECHR.

What distinguishes Austria from Switzerland is that – unlike Switzerland – Austria is bound by EU climate targets. Whether and how the ECtHR would make a differentiation in this regard remains an open and crucial question.

Conclusion

If the ECtHR were to affirm the requirements for victim status in the currently pending case of Mex M. – in contrast to the individual applicants in the *KlimaSeniorinnen* case – and proceed to a substantive examination, it would mark the first instance of the ECtHR granting standing to an individual in a climate mitigation case. It seems likely that the ECtHR would then find that Austria violated Article 13 ECHR (or Article 6 ECHR) in addition to a violation of Article 8 ECHR, as was the case in Switzerland. Consequently, Austria would be required to adopt national climate procedures, introduce complaint mecha-

nisms, and develop a binding roadmap for achieving climate targets, including sanction mechanisms. While the ECtHR would probably leave the selection of specific measures to the Austrian legislature, it is evident that immediate action is necessary to ensure compliance with Article 8 ECHR.

Bernhard Wegener

A Human Right to Climate Protection as "Life-Saving Treatment"?

Risks and Side Effects of the Climate Jurisdiction as Defended by Manuela Niehaus

doi: 10.59704/f1b4cef420acc94d

Manuela Niehaus defends the human rights-based climate jurisprudence – especially of the ECtHR– against my criticism. In her eyes, it is not "Homeophatic Globules for Environmental Lawyers", but a potentially life-saving medicine that – in combination with other means – can make a significant contribution to climate protection.

I'm sure many people see it the same way, which is why I'm grateful for Niehaus' arguments and for her gentle mockery. Her mockery hits me rightly, but her arguments only convince me very partially.

The "Judicialization of Mega Politics"

Niehaus believes, with reference to Hirschl, that the judicialization of central political decision-making areas such as climate protection is nothing new and stems from the fact that people are more likely to entrust "neutral courts [...] with fundamental questions of political and social coexistence than power-oriented politicians dedicated to short-term interests".

I agree with that in fact, but is it right? Isn't the juridification of "megapolitics" more of a problem than a solution? For reasons that I have tried to make clear, I am sceptical about the institutional capacity of courts in this respect. As I see it, "fundamental questions of political and social coexistence" should continue to be negotiated and decided democratically and not by a small number of judges according to the vague standards of human rights law. Incidentally, courts can also be power-orientated. And the current example of the US Supreme Court may illustrate that issues such as environmental and climate protection are not always in good hands, even in the highest courts.

Dangers of the Shell judgement

Niehaus misunderstands me when she says that I consider the Shell judgement to be unjustifiable because the company could evade the judgement by moving to London. I consider the judgement to be highly dangerous because it undermines the rule of law and the constitutional separation of powers at the same time. Here, a company operating within the law is being prohibited from carrying out its legal activities on the basis of vague human rights standards. The judgement is therefore an attack not only on the freedom of the company, but also on the legal decision-making power of the democratically legitimised legislature, which has expressly permitted precisely this entrepreneurial activity.

Niehaus herself shows where this can lead when she states that there should be no "safe haven" for companies like Shell in which they are protected from climate lawsuits. This term, familiar from the field of counterterrorism, accurately describes the ambition of some climate plaintiffs. For the legal system and for me, however, oil companies are not terrorist organisations, but service providers that operate within and in line with the existing legal framework. Restricting their currently still indispensable activities in the interests of climate protection can only be a matter for the legislator, not for an individual judge operating on the basis of the fundamental right to family life under Article 8 of the ECHR.

A human right to climate protection in China, Russia and the Arab world?

Niehaus criticises my statement that a human right to climate protection would be of no help in China, Russia or the Arab world, because corresponding lawsuits could not be filed there anyway. According to Niehaus my statement is wrong simply because climate lawsuits are pending in China and Russia.

If one follows the source linked by Niehaus as evidence, however, it is noticeable that the one (!) lawsuit mentioned there for Russia was not accepted for judgement by the court called upon. The fact that there are some very few courageous climate plaintiffs in Russia makes

the effective judicial enforcement of a human right to climate protection in Russia not really likely. The same logic could be used to claim that there is freedom of expression and freedom of assembly in Russia because desperate, courageous people repeatedly dare to protest against the government there.

The cited source also lists no more than three cases for China as a whole (two of which are part of a series), which, according to the information provided there, relate solely to the enforcement of the applicable Chinese ordinary law and do not argue in terms of human rights. This also applies to the guidance of the Supreme People's Court of China cited by Niehaus, which calls on a state supervisory authority to pay more attention to the judicial enforcement of applicable climate protection law. Despite all the caution required in a legal comparison, I therefore remain sceptical about the significance of a specific human rights-based climate protection strategy for China.

On the "victim" status of the "Klimaseniorinnen"

Niehaus misunderstands my criticism of the victim status of the "Klimaseniorinnen" when she claims that I doubt "that older people actually suffer from heat". I don't doubt that. I only consider the statistical "excess mortality" argument to be misleading. Although it looks at real excess mortality in hot months, it ignores the positive effects of mild winters on excess mortality. Incidentally, the one-sidedness of this argument is not specific to this particular complaint. I have gone to great lengths to find studies that compare the positive and negative effects of rising temperatures on mortality rates in regions such as Switzerland. They are hard to find (see here).

Apart from that, I reject the completely unfounded accusation that I am trying to play one group of victims off against another. The ECtHR, in agreement with the Swiss federal court, has also denied the victim status of the "Klimaseniorinnen" within the meaning of Art. 34 ECHR. In view of the real climate victims, especially in the global South, I merely feel uneasy when rich, old, white Swiss women, of all people, seek to elevate themselves to the status of specifically affected climate victims. This unease is also shared by other authors who are more in favour of human rights-based climate protection (Milanovic: "I've always found the argument that little old ladies in Switzerland are somehow especially affected by climate change to be entirely bogus.").

On the new human rights action of associations

I stand by my criticism of the ECtHR's newly invented human rights action of associations. Contrary to what Niehaus and the ECtHR itself try to portray, this is not an evolutionary development, but a genuine revolutionary leap. Unlike other established elements of legal standing, there is no point of reference for this form of representative action in the text of the Convention or in previous case law – as Judge Tim Eicke rightly pointed out in his partly concurring and partly dissenting opinion. Nor am I aware of any decision in comparative law in which a supreme court has simply pulled a human rights representative action "out of the hat" as the ECtHR has now done.

But regardless of the question of the legitimisation of this judicial self-empowerment, the ECtHR's concept also seems to me to be unfortunate in terms of its content. The Court wrongly invokes the good example of the Aarhus Convention. It is true that this convention introduces a right of action for NGOs under environmental law. On the one hand, however, this is based on an explicit legislative decision and foundation that has been democratically legitimised. On the other hand, the Aarhus Convention only authorises actions to enforce environmental protection provisions under ordinary law. The introduction of a new type of representative action to enforce highly undefined and potentially all-encompassing human rights provisions is something completely different.

Niehaus' objection that the new representative action is "limited" by the fact that the associations must "comply with certain principles" does not hold up against these concerns either. These principles established by the Court (para. 502) are not able to effectively limit the new actions. The relevant associations must merely (a) be legally established, (b) be committed to climate protection and (c) be sufficiently representative of the interests of their members or other persons potentially affected by climate change. As the ECtHR expressly emphasises, the associations do not even have to claim to represent actual victims of climate change. All in all, hardly anything could be easier than setting up such associations.

Consequences

The consequences of this new human rights class action for the legal systems of the member states of the Council of Europe cannot yet be foreseen. Because Switzerland does not recognise a corresponding type of action, the

ECtHR found it guilty not only of a violation of the new climate protection right under Art. 8 ECHR, but also of a violation of the right to effective legal protection under Art. 6 ECHR (para. 615 et seq.). However, the same accusation can probably be levelled at all other national legal systems that do not recognise a human rights representative action (and aren't that all?). This certainly applies to Germany, where the Federal Constitutional Court recently rejected such collective actions as inadmissible in its climate decision (see para. 136 et seq.). It seems little consolation when the ECtHR announces that it will consider whether at least individual plaintiffs have been admitted before condemning the States Parties for not admitting human rights collective actions (para. 503).

It is also worth asking why the new human rights NGO-action should actually be limited to climate protection. Other concerns also have a supra-individual character and other political interests can also easily be "charged" with human rights. I therefore maintain my fear that this is the culmination of a development in which the protection of individual human rights is almost completely detached from the individual and the violation of his or her rights and thus shifted into the abstract and fictional. I can hardly imagine the potential consequences of these abstractions.

Manuela Niehaus

Globules or Life-Saving Treatment after all? On the Effect of Climate Lawsuits

A Response to Bernhard Wegener – Homeopathic Globules for Environmental Lawyers

doi: 10.59704/ebed5f4da7593052

Prof. Wegener was exemplary in protecting his children in German playgrounds against globules for aches and pains. After all, wanting to believe in something that has no (scientifically proven) effect is a dangerous step towards disinformation, which in turn can prepare the ground for conspiracy myths, fake news and populism. On the other hand, very few parents will not want to give a terminally ill child all the help they can – even if a single drug alone does not provide a cure.

It's a similar story with the climate. Those who feel called to save it are trying various strategies to meet the 1.5°C target. It is certainly illusory to believe that climate lawsuits are a panacea for saving the planet (which neither the plaintiffs nor NGOs usually do). But it is also illusory to believe that a sick climate will recover on its own in a world that is currently heading towards a warming of 2.7°C despite all government promises.

In this respect, going to court is an obvious choice. Even before the climate crisis, apex courts such as the German Federal Constitutional Court (GFCC) were already ruling on cases with political implications. This "judicialization of mega politics" (Hirschl) also has to do with the fact that many people trust neutral courts, staffed by judges who usually do not have to fear for their re-election, with fundamental questions of political and social coexistence than power-oriented politicians dedicated to short-term interests.

Planning on paper or respect for the separation of powers?

Wegener initially criticizes the fact that both the decision of the GFCC and the ruling of the ECtHR are mere "paper planning", as they do not result in any concrete climate protection planning. However, this is not a weak point of the decisions. First of all, the European Court of Human Rights (ECtHR) has already been quite specific: according to it, 'the State's primary duty is to adopt, and to effectively apply in practice, regulations and measures capable of mitigating the existing and potentially irreversible, future effects of climate change.' (para. 545). These measures must lead to a substantial and gradual reduction in greenhouse gas emissions in order to achieve net neutrality within the next three decades (para. 548). However, under the principle of separation of powers, it is not the task of the courts to determine how the other powers should remedy the breach of law. It has often been argued that courts should not make decisions in climate policy processes, as they would exceed their competences and thus engage in prohibited climate policy. Some courts have dismissed climate lawsuits for this reason. In fact, climate change is a polycentric problem – similar to a spider's web, pulling on one thread can have an impact on the entire construction. The courts cannot oversee these effects, but they do not have to. This is because their function – and the ECtHR explicitly emphasizes this once again – is only to determine the breach of law, the "if". This only means that a state must do more to combat climate change – how it chooses to do so is essentially up to the (democratically elected) legislator. The preservation of this discretionary scope is particularly important in the case of positive obligations (para. 541). However, when looking at the case law of the GFCC, it becomes clear that there are certainly possibilities for the court to bring about a specific legal consequence if the legislator does not implement a decision.

According to Wegener, although the Shell ruling entails concrete climate protection planning, it is also 'unjustifiable and highly dangerous', as the company subsequently relocated its headquarters to London, rendering the ruling ineffective. Emission shifting is indeed a problem that the EU is trying to tackle, for example by introducing the Carbon border adjustment system (CBAM). However, it should be borne in mind that Shell is not necessarily 'safe' from climate lawsuits in the UK either. Shareholders are exerting pressure to reduce emissions

for fear of further market-damaging lawsuits and climate activist shareholders benefit from more power UK law gives to minority shareholders. In addition, Shell itself has stated that it will take measures to comply with the ruling. Already today, there is no 'safe haven' from climate lawsuits for 'Big Oil'.

China and Russia? The "drop in the ocean" argument

The other criticisms are likewise worthy of discussion. Wegener doubts the effectiveness of climate lawsuits in view of the lack of an independent and sufficiently effective judiciary in the 'most important countries and regions in terms of climate policy' (China, Russia and the Arab world). Wegener's argument is, one the one hand, probably aimed at the ineffectiveness of climate lawsuits, as they are not brought in the countries where they are urgently needed. On the other, it seems that he finds Germany's and Europe's role negligible in a world full of major emitters who all care very little about the climate, as a reduction here (in Europe) would have no effect on the global climate. Both thoughts, however, are wrong.

Firstly, climate lawsuits are also pending in China and Russia. In 2023, China's Supreme People's Court also published a guideline on how to deal with climate lawsuits, which must be applied by all Chinese courts and explicitly welcomes them as a means of achieving climate targets (even if China is hoping for new economic opportunities in particular). However, Wegener's list of important regions in terms of climate policy does not include the EU as the world's third largest emitter. This does not even include the per capita emissions or the net emissions that arise when goods are produced elsewhere (e.g. in China) for their use here in Europe. So, in my opinion, climate lawsuits definitely affect 'the right targets'.

Secondly, the 'drop in the ocean' argument is cited by defendant governments with the same reliability as it is rejected by the courts. This is because, as the Dutch court of first instance already pointed out in Urgenda in 2015 (para. 4.78 ff), every single emission contributes to climate change and must therefore be avoided. The ECtHR has also made it fundamentally clear that every state is obliged to do its part to reduce emissions due to the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities of the states – regardless of whether other states do the same (para. 442).

Perpetrator/victim reversal? Or a failure to recognize intersectionality?

The 'perpetrator/victim reversal' argument does not convince me either. According to this argument, old, white women in rich Switzerland are not victims, but perpetrators, as their (and our) collective carbon footprint is one of the main causes of climate change. In fact, the Western lifestyle (based on burning fossil fuels) is a major contributor to climate change. However, to deny that the climate seniors are affected because there are others who are even more affected by climate change makes vulnerabilities invisible. These include, above all, vulnerability due to age and especially gender. The UN High Commissioner for Human Rights warned that older women are hit harder by climate change, mainly because they often outlive their partners and are left to fend for themselves (and could be seen as a burden on society). They are more often affected by poverty in old age and have fewer resources overall to protect themselves against climate change (para. 34 ff).

Even if Wegener doubts that older people actually suffer from heat and are not more likely to die from cold, the facts on excess mortality, which the ECtHR cites for the five hottest summers between 2003 and 2022 in Switzerland, speak a different language (para. 73 f.). There is no question that extreme cold is also a problem for older people. However, this does not change the fact that the real death rate and the loss of actual lives due to climate change-related heat has increased.

The severity and frequency of human rights violations in the Global South are likely to be more serious, especially as many countries do not have the financial resources for comprehensive adaptation measures like Switzerland. Nevertheless, climate change also represents a real threat to the human rights of the plaintiffs – and not "a form of cultural or climate policy appropriation" of a victim status. In any case, the question arises as to who Wegener would consider to be the better victims – and this accusation is reminiscent of strategies in which one vulnerable group is played off against another (such as the well-being of homeless people and women is often used against refugees).

The Eurocentric perspective (or the lack of reference to the Global South both in the ruling and in the statutes of the senior women's association, for example) can certainly be viewed critically. However – and Wegener al-

so addresses this point – strategic litigation also involves presenting the best legal argument. Proceedings before the ECtHR are not about generally imposed climate protection measures 'from above', but about establishing a violation of the Convention. How could the women have asserted the interests of people from the Global South without already failing at the hurdle of having victim status under Article 34 ECHR?

Impact beyond the borders of Switzerland

Moreover, the ECtHR ruling, which formally only recognizes the violation of represented women's human rights, has effects far beyond Switzerland, as the Court also emphasizes in para. 479. In contrast to local adaptation measures, the reduction of greenhouse gases ultimately benefits everyone. In this respect, the ruling also helps people who do not have the opportunity to take legal action in Europe.

Symbolic nature?

The ruling is by no means merely symbolic. Although it is questionable whether Switzerland will actually implement it, even influential think tanks such as Avenir Suisse are considering how Switzerland can "make the most of the ruling". This lawsuit should therefore also help to reopen the closed discussion following the failure of the CO2 Act.

Furthermore, the judgment contributes to the constantly growing body of case law in national and international courts. The ECtHR's reasoning can have a leverage effect in future lawsuits and lead to the further development of the law in national legal systems. One only has to think of the GFCC's rejection of a violation of the positive obligation to protect the right to life with the argument that Germany has ratified international agreements and adopted an (albeit underambitious) climate protection act (para. 154 ff). The ECtHR has now clarified that this alone is not sufficient to satisfy the state's positive obligations under Article 8 ECHR (para. 547 ff).

(Too) far-reaching further development of ECtHR case law?

Wegener then criticizes the new approach of the ECtHR with regard to the extension of standing to the association, although the individual victim status of the climate seniors had previously been rejected. This approach cannot be inferred from the Convention text. However, this applies in principle to all the other provisions that the ECtHR has developed over the decades with regard to legal standing. In this respect, Judge Eicke criticizes in his partly concurring and partly dissenting opinion above all the approach of the ECtHR on the level of legal methodology and the lack of consistency of the new approach to previous case law. However, the supposed contradiction that the applicants as such are not considered to be 'directly' affected, but the association is entitled to bring an action without having to prove that its members are individually affected, is not a contradiction at all. This is because the ECtHR does not want to allow popular lawsuits (*actio popularis*), but it does not want to completely close the door to lawsuits that address climate change as a violation of human rights (para. 484). However, it would be impossible to get through this door if associations had to prove that their members could overcome the high hurdles of being 'victims'. Then there would be no need for this possibility at all. This is limited by the fact that associations must comply with certain requirements, in particular that they must specifically advocate for human rights threatened by climate change (para. 502).

Climate lawsuits as a distraction?

The idea that climate litigation is just 'abstract' human rights protection distracting from 'brutally real' human rights violations must also be questioned. After all, the human rights violations must feel very real to those affected – just ask the people who are already suffering from the consequences of climate change, such as forest fires, rising sea levels or flooding. Against this backdrop, I am surprised by Wegener's call for lawyers to devote themselves instead to 'formulating and implementing a rational climate protection policy worldwide'. After all, there is no global government that could make such a global formulation binding or a world court that could enforce it. Rather, the Paris Agreement recognizes the need for action by a wide range of actors at all levels, especially national actors (Art. 4 (2)), to tackle the "glocal" problem of climate change. Domestic courts play an important role in this.

Climate litigation is an important tool for civil society

Europe is currently warming twice as fast as other continents. In 2018, Germany was one of the three countries most affected by climate change and, at the latest since the Ahr Valley floods, most people here are also aware of what the climate crisis means for their everyday lives. However, the consistent fight against climate change is more uncertain than ever. An expected shift to the right in the 2024 EU parliamentary elections could jeopardize the European Green Deal and lead to important implementation measures being blocked. The ECtHR has now made it clear that climate protection is also human rights protection. Climate lawsuits are certainly not a panacea in the fight against climate change, especially if states are unwilling to implement the decisions. But this is not a danger that is exclusive to climate decisions. More importantly, however, the German and other legislators around the world have taken action following successful climate lawsuits (e.g. in the Netherlands, Colombia, Pakistan). Climate experts therefore list climate lawsuits as one of 10 social drivers that support deep decarbonization, the UN Environmental Programme names it a 'key mechanism'. They are therefore an important and effective instrument in the hands of civil society – alongside petitions and initiatives, climate strikes and civil disobedience. Not everything that tastes sweet is ineffective homeopathy.

Martijn van den Brink

3½ Myths about EU law on Citizenship for Sale



EU Law and Investor Citizenship

doi: 10.59704/c38ca9bf4cfe30e3

The sale of national and European Union citizenship understandably remains highly controversial. It seems arbitrary, perhaps even abject, to grant nationality in exchange for a monetary investment, when most people must wait years and overcome considerable hurdles before they can naturalize. Moreover, citizenship by investment (CBI) is associated with money laundering, tax evasion, and other security risks. But does that make it illegal under EU law? As evidenced by three recent posts on the Verfassungsblog by Joseph H.H. Weiler, Merijn Chamon, and Lorin-Johannes Wagner, this question continues to divide EU law scholars. It is also a question that is still plagued by several myths about how EU law and, relatedly, international law, apply to CBI practices. This post discusses 3½ such myths.

Myth 1: Nottebohm is relevant to the resolution of Commission v Malta

The first, most serious misconception lies at the heart of *Commission v Malta*, the case brought by the Commission against Malta's CBI programme. According to the Commission, CBI breaches EU law when Member States award nationality to persons without a ' "genuine link" or "genuine connection" to the country in question'. The Commission asserts that its view is consistent with a 'criterion used under public international law', namely the genuine link criterion established by the International Court of Justice (ICJ) in its 1955 *Nottebohm* judgment. In that judgment, the ICJ decided that states need not recognize someone's nationality if there is no *genuine connection* between that person and her country of nationality. The Commission not only refers to *Nottebohm* but relies exclusively on it: it is the only authority cited to support its argument that national citizenship should not be awarded absent a genuine link. Indeed, this is, seemingly, the central argument on which its case against Malta rests.

This seems like a risky strategy, especially as there is, as Audrey Mackling says,'strong consensus that *Nottebohm* was wrong then, and may be even more wrong now'. After all, the genuine link criterion risks rendering people stateless for the purposes of international as well as EU law. Imagine the possible consequences of accepting the criterion as a valid principle of EU law. Member States can then refuse to recognize someone's EU citizenship if they believe there is no genuine link to the person's Member State of nationality. This will create uncertainty among Member State nationals as to whether they can exercise their rights as EU citizens and, in particular, jeopardize the right to free movement.

Despite this, some find *Nottebohm* appealing. According to Wagner, *Commission v Malta* presents an opportunity for 'the potential revival of *Nottebohm*'. The case would offer an opportunity to 'reinvigorate a European debate about the genuine links that bind us' and 'will require the CJEU to 'decide whether *Nottebohm* will go down in European legal history quietly or come back with a vengeance'. Seeing the title of his post – 'Long Live *Nottebohm*' – Wagner would not be opposed to *Nottebohm* celebrating a comeback.

However, it is unlikely that it will. First, *Nottebohm* has been consistently rejected by the CJEU for at least three decades. Since the 1992 *Micheletti* judgment, it has been settled that Member States must recognize the nationality of those without a strong link to their state of nationality. The CJEU ruled that it is not allowed to 'restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality'. At no time has the CJEU shown any inclination to reverse its stance. On the contrary, it took the same view in *Garcia Avello* (para 28) and, more recently, *Lounes* (para 55). In other words, the comeback Wagner favours would require the CJEU to topple three decades of case law and thereby imperil EU citizens' freedom of movement.

Second, and more importantly, whether (one believes) *Nottebohm* is good law is irrelevant to the resolution of *Commission v Malta*. How can this be, one may think? The ICJ judgment is at the very core of the Commission's case against Malta. However, as I explain here in detail, the Commission's Legal Services seems to have overlooked that *Nottebohm* concerns merely the *recognition* of nationality, not its *acquisition*. The ICJ was very clear about this. Its verdict did not alter that 'it is for every sovereign state, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality'. In other words, as *Commission v Malta* concerns the *acquisition* and not *recognition* of nationality, the case against Malta is not supported by *Nottebohm*. There is no criterion of public international law supporting the Commission's case, and it is therefore irrelevant for the verdict in *Commission v Malta* whether the CJEU will bring *Nottebohm* back to life.

Myth 1½: Banning CBI violates the limits of EU Competence

Of course, the Commission can still argue that the CJEU should read a criterion of genuine link for the award of nationality into the Treaties, regardless of international law. Before discussing this argument, I want to discuss a second myth, found in the work of some who doubt the Commission has a case against Malta. Upon closer inspection, it turns out to be only half a myth, but we will get to this below.

The counterargument is that, as it is a national competence to set rules on the loss and acquisition of nationality, it is impermissible, i.e. *ultra vires*, for the CJEU to interfere with these rules. Contrary to what Chemon says, I do not believe this is Weiler's objection to the case against Malta (Weiler's criticism, as we shall see, is of another kind and explains why the competence counterargument is only ½ a misconception), but others have argued, indeed, that the Commission acted *ultra vires* by launching its case. Chemon is right that this counterargument holds no water. It is settled that Member States must exercise their competences in accordance with EU law. The CJEU has taken the same position in its EU citizenship jurisprudence. It is a national competence to establish rules on the acquisition and loss of nationality, but that power must be exercised 'having due regard to EU law' (e.g., *Micheletti*, para 10). The Commission's case against Malta will not fail for lack of competence.

Myth 2½: The principle of genuine links is a logical extension of EU citizenship law

Of course, from the fact that there can be EU legal constraints in areas of national competence, it does not follow that such constraints exist. Does EU law require Member States to limit the award of nationality to persons with a genuine connection to their country and citizens? I have made the case previously that 'there is no precedent' in EU citizenship law for such an argument. However, Chemon wrote that '*Commission v. Malta* precisely presents the opportunity to set a precedent', given the CJEU's case law on the withdrawal of citizenship, such as *Rottmann* and *Tjebbes*. He even argues that it 'seems necessary to take this further step because Member States are required under EU law, following *Micheletti*, to accept that there *is* a genuine link between other Member States and their citizens'.

But as we saw above, this is not at all what the CJEU decided in *Micheletti*. Besides the fact that the dispute in *Micheletti* concerned the recognition and not acquisition of nationality, the CJEU held that it is not permissible to make the recognition of Member State nationality subject to a condition such as habitual residence or genuine link (paras 10-11). It did not say that Member States must accept that there *is* a genuine link between other Member States and their citizens. It only insisted on the recognition of nationality, even when Member States doubt the existence of a genuine link. One could also say that the only link that mattered for the CJEU in *Micheletti* was the status of nationality.

Moreover, to suggest that a genuine link requirement could be introduced as a logical extension of *Rottmann* and *Tjebbes* underestimates what a leap that would be. Existing EU case law on the loss and acquisition of Member State nationality has enthralled EU lawyers but changed almost nothing for those directly affected. The claimant in *Rottmann* nota bene still lost his nationality and became stateless after the national court ruling, a decision that was fully in line with the CJEU's verdict in the case. *Tjebbes* resulted in a minor change in national practice, but not an amendment of the rules on the loss of citizenship underlying that practice. So, to move from existing jurisprudence to a blanket ban on certain citizenship programmes would be a massive jurisdictional leap.

This would perhaps not be so problematic if that leap were consistent with the Treaties. Yet, taking a critical

look at *Rottmann*, we should rather question established precedent than argue that the case leaves room for new precedent, i.e., the introduction of the genuine link principle. To see why, we need to return to the ½-myth on EU competence.

As we saw above, areas of national competence are not immune to EU legal constraints. Take the following examples from EU anti-discrimination law. The legal position of religious communities (*Egenberger*), the organization of the army (*Kreil*), and the regulation of civil status (*Maruko*) are all areas of national competence, but the CJEU has for all three areas held that they are subject to EU anti-discrimination law. The structure of the argument in such cases is always the same. A case involves a national competence on the one hand and a right conferred by EU law on the other, and when the two clash, EU law limits the exercise of the national competence. I do not question this case law; I find the logic unassailable.

At first glance, the argumentative structure in *Rottmann* and *Tjebbes* seems the same. There was a conflict between the national competence in the field of nationality on the one hand and the rights EU law confers on EU citizens on the other, which the CJEU settled in favour of the latter. However, whereas the exercise of national competence in the abovementioned anti-discrimination cases was inconsistent with EU (non-discrimination) law, the exercise of the power to lay down the rules on the loss and acquisition of nationality in *Rottmann* and *Tjebbes* was not. To the contrary, although a decision to withdraw the nationality of a Member State may lead to the loss of EU citizenship, this is a result that is consistent with, and indeed expressly required by, EU law – by the derivative nature of EU citizenship and its conditionality on Member State nationality (as I explain here in more detail).

This might explain why the CJEU tried to justify its interference with the national competence in nationality matters by saying that 'citizenship of the Union is intended to be the fundamental status of nationals of the Member States'. However, as Weiler convincingly shows, this statement has always been incompatible with the Treaties' text, legislative history, and teleology. This, I believe, is his objection to the case law: not that the CJEU has imposed legal constraints in an area of national competence, but that it never offered a sound justification for imposing them.

Perhaps it is true, as Chamon argues, that 'the ship of the fundamental status of EU citizenship has already sailed', but this is no reason to let the ship sail lightyears further. The CJEU's intrusions in the field of nationality have so far been very modest. The Treaties do not allow it to go any further.

Myth 3½: CBI is unique

The final myth is that CBI uniquely awards Member State nationality absent a genuine link. This, in any case, is the impression one gets reading the Commission documents on CBI. They read as if a decision was made to challenge the legality of CBI, after which a legal argument was constructed to justify that decision, during which the principle of genuine link was found as the most promising principle to challenge it. This is unfortunate for two reasons.

First, it fails to address the full ramifications of the claim that nationality cannot be awarded absent a genuine link. CBI is not unique in awarding nationality to persons who have no genuine link to the country. Remedial citizenship, Olympic citizenship, and discretionary naturalization are all forms of citizenship acquisition that most likely violate the principle of genuine links. Are these forms as problematic as CBI? Maybe not, but the principle of genuine link would not discriminate between them; it would prohibit them all (as I explain here). It would be politically and constitutionally problematic if this were the accidental knock-on effect of the Commission's fight against CBI.

Second, the Commission's choices have led to a skewed debate about the future of EU citizenship. I agree with Wagner that we need 'a European debate about the genuine links that bind us', but this debate should not revolve almost entirely around CBI. Instead, as I have argued, we need 'a more holistic debate on the relationship between national and EU citizenship, which does not focus on specific cases and problems, but tries to provide a consistent normative vision of citizenship within the EU'. Currently, the Commission lacks a clear normative vision, as it is mostly interested in the exclusion from Union citizenship. A healthy debate would also, and perhaps more so, address the wrongful exclusion of many from Union citizenship. Because while some can get EU citizenship without a genuine link to the state awarding citizenship, many more cannot obtain the status despite having a genuine connection to their state of residence. Unfortunately, the Commission seems to care less about the excluded.

Should EU citizenship be for sale?

Should people be able to obtain EU citizenship in exchange for a monetary investment? Perhaps not, but is CBI a more arbitrary way to acquire nationality than many other forms of naturalization? That is not clear either. What does seem clear, however, or at least is something that different sides of the debate should be able to agree on, is that naturalization practices should not lead to money laundering, tax evasion, and other security risks. It might therefore be wiser for the Commission to invest its energy in finding ways to combat the possible negative side effects of such practices. Not only because Member States are more likely to agree to legislation that rules out these effects than to harmonize the conditions for loss and acquisition of nationality, but also because the EU has a well-defined competence to adopt rules to combat these effects.

Milka Sormunen

Legalising Illegality

Finland's Proposed Pushback Legislation

doi: 10.59704/62fce8d640d64d9b

In response to Russia's facilitation of migrants to the Finnish border since last fall, Finland's newly formed right-wing coalition government temporarily closed the border relying on recent amendments to the Border Guard Act. After renewing the closure on several occasions, it closed the eastern land border indefinitely on 4 April 2024. For anyone arriving from Russia, it is now impossible to reach any remaining open border crossing points. Worried that this step will not be enough to ensure national security, the government is finalising a Draft Act on Temporary Measures to Combat Instrumentalised Migration, currently under revision. While most comments on the draft were highly critical, some argued the changed situation requires new tools for authorities to counter instrumentalisation of migrants. It is possible – even likely – that the bill reaches the required 5/6 majority in the Finnish Parliament (eduskunta).

The draft bill allows for pushbacks in violation of *non-refoulement* and openly admits a conflict with Finland's human rights obligations, EU law and own constitutional system, which is unusual. While the Finnish Constitution formally allows Parliament to pass a law that forms a limited derogation from the Constitution, in practice such "exceptive" laws are used sparingly. Relying on an exceptive law in the case of a non-derogable right such as *non-refoulement* therefore raises concern. The unprecedented nature of the proposed measures is particularly worrying given that the Act appears unlikely to effectively address the essentially political problem that "migrant instrumentalisation" poses.

Legalising Pushbacks

The draft bill allows border guards to refuse applications for international protection in a limited area on Finland's border where there is evidence or justified suspicion of migrant instrumentalisation. In practice, the eastern land border could be closed while border crossing points at ports and airports would remain open. The procedure – not to be confused with the border procedure that the government is also proposing – requires border guards to assess whether the person is vulnerable or would face inhuman or degrading treatment upon return. If not, the person will be returned from Finnish territory without assessing their application. This assessment is to be conducted during a merely informal "interaction" as opposed to a formal asylum process, in which a person is registered as an asylum-seeker and their application is processed by the Immigration Service. The government plenary session would decide about activating the Act together with the President of the Republic, and the decision could be made for a maximum of one month at a time. The law would be temporary, remaining in force for a year.

The proposal is more far-reaching than Lithuania's legislation which the CJEU found to breach the Asylum Procedures Directive (paras 12-15). While Lithuania prohibited lodging asylum applications outside border crossing points and transit zones, the Finnish proposal bans the assessment of all applications in the designated area, even at open border crossing points. Unlike the Lithuanian legislation, however, the Finnish legislation only concerns cases of instrumentalisation, not any situation of mass influx of migrants.

While the government's initial decisions to close the land border noted a "tension" with EU law, the draft bill openly admits a conflict with human rights obligations and EU law, noting that:

> "the proposal does not secure everyone's right to apply for asylum upon reaching Finnish territory, which is in conflict with human rights obligations binding on Finland. The fact that a person would not have the right to have their case initiated at the competent authority can also be considered problematic from the perspective of access to justice (p. 83)."

The draft bill recognises that forcing migrants back without allowing them to apply for asylum would breach

non-refoulement and the prohibition of mass expulsions. Conflicts with various other rights are also noted. The draft bill acknowledges, for example, that refusing to examine asylum applications could result in a violation of the right to life.

There are also problems with how the procedure would be administered in practice. For example, while vulnerable persons are exempted from the procedure, it is unclear how border guards would identify them just by their appearance. The procedure also puts border guards themselves in an insecure position, given that they would be the ones deciding about whether a person is sent back. As officials of the Border Guard pointed out, border guards would violate their official duties by following an Act of Parliament which purposely violates the Constitution and human rights obligations. Violating an official duty is a criminal offence (Criminal Code, Chapter 40, Section 9). In response, the government plans to transfer responsibility upwards.

The Concept of Exceptive Laws

The government proposes to enact the Act as an exceptive law, which refers to an Act of Parliament substantively in breach of the Constitution and adopted under the procedure for constitutional enactment (Section 73) which provides for two alternatives. In the normal procedure, Parliament first adopts the proposal by a simple majority, after which it is left in abeyance and the next Parliament adopts it with a 2/3 majority. The urgent procedure – which is needed to pass the bill during the current Parliament – requires the proposal to be declared urgent with a 5/6 majority, after which it can be adopted by a 2/3 majority.

The exceptive laws system has been a part of Finnish constitutional law since the era of Russian governance (1809-1917). Exceptive laws were routinely used in the past to reach political goals, often without justifying why the procedure should be invoked. However, the criteria for exceptive laws became stricter following the ratification of the European Convention on Human Rights (ECHR) in 1990 and joining the EU in 1995. A central objective of Finland's comprehensive fundamental rights reform in 1995 was to approximate the domestic fundamental rights system with newly adopted human rights obligations. Human rights are now an integral part of the Constitution and enjoy a semi-constitutional status, as reflected in Section 22 stipulating that "[t]he public authorities shall guarantee the observance of basic rights and liberties and human rights". According to the practice of the Constitutional Law Committee of the Parliament, charged with *ex ante* review of legislative proposals from the perspective of the Constitution and human rights treaties, Section 22 is also binding on the domestic legislature.

Despite the stricter criteria for exceptive laws, the Constitution still allows for the enactment of "limited derogations" (Section 73), that is, exceptive laws. The procedure is not to be confused with emergency derogations from fundamental rights which the Constitution allows to be made in situations of an armed attack or other emergency (Section 23). The use of exceptive laws is not limited to emergencies.

Despite the formal availability of exceptive laws, conflicts with the Constitution should primarily be addressed by changing the legislative proposal instead of invoking Section 73. Moreover, exceptive laws cannot interfere with the core of the Constitution, such as the foundations of the constitutional system. Against this background, it is very hard to argue that a proposal violating a non-derogable right protected in EU law, several human rights treaties and the Finnish Constitution remains a "limited derogation". From the perspective of international law, a domestic exceptive laws system obviously cannot justify violating human rights treaties or EU law.

Countering Instrumentalisation with Legislation

While recognising the problems with human rights obligations, EU law and the Constitution, the proposal argues that instrumentalisation of migrants is a new situation that requires new tools which EU law arguably does not provide. Even though the new Crisis and Force Majeure Regulation provides for derogations from asylum procedures in the presence of instrumentalisation – a solution that has been criticised for normalising derogations – it is not considered effective enough as it does not allow returning asylum-seekers without examining their applications.

Like pushback legislations of other countries, the Finnish proposal assumes that "genuine" asylum-seeking and instrumentalised migration are two completely different phenomena. This ignores that an "instrumentalised" person can also be in need of international protection. Indeed, distinguishing between artificial and natural migratory movements does not correspond to the realities on

the ground. While there is clear evidence that Russia has facilitated migrants to the Finnish border and – unlike its earlier practice – allowed migrants to arrive at the border, Russia's actions are not the sole cause of arrivals. It is tricky to determine whether an applicant needs asylum before examining an application – after all, this is what asylum procedures are for.

Furthermore, the assessment of whether a situation qualifies as instrumentalisation is based on mostly secret intelligence. The draft bill depicts potential scenarios of further escalation of the situation, such as the arrival of thousands of asylum-seekers per week and violent border crossings. While the secrecy of intelligence is understandable, it is impossible for Parliament and the public to verify the accuracy of these scenarios. This is problematic, especially in a securitised environment. The government has a wide margin to decide when the Act should be activated, which constitutes a transfer of power to the executive branch concerning legislation that openly violates Finland's Constitution, human rights obligations and EU law.

Finally, there is significant doubt about the effectiveness of legal solutions to the problem of hybrid threats. The draft bill reflects a view that legislation is capable of effectively addressing instrumentalisation and unauthorised border crossings. However, as the officials of the Border Guard pointed out, would the proposed legislation prevent Russia from continuing instrumentalisation? Moreover, there is a real question whether a law can be designed to effectively address the instrumentalisation of migrants without breaching *non-refoulement*, given the problems of distinguishing between instrumentalisation and other causes of migration. Presenting migration legislation as an effective answer to Russia's actions can create a false sense of security.

What's Next?

If the government issues a government bill based on the draft, it will be scrutinised by the Constitutional Law Committee. Despite the fundamental legal problems, the Parliament is formally capable of passing the law with a 5/6 majority if the Committee approves it. The Committee is the main authority of constitutional review and interpretation in Finland, and its statements are regarded binding. As with other parliamentary committees, it is composed of members of Parliament. The functioning of the system is largely based on the idea that review by the Committee relies on legal argumentation and that Committee members assume a quasi-judicial function. The system, however, does not have safeguards for ensuring that the Committee's statements are not affected by politics.

If enacted, the law would complicate accessing national courts, given the absence of an administrative decision following the "interaction" at the border. However, decisions of a government plenary session can be appealed to the Supreme Administrative Court (Section 8 of the Administrative Judicial Procedure Act). Finnish courts only possess limited power to review the constitutionality of legislation. According to Section 106 of the Constitution, a court shall give primacy to the Constitution if the application of an act would be in evident conflict with the Constitution in a specific case. The threshold of "evident conflict" is high and unlikely to be found if the Constitutional Law Committee has approved the act. However, courts must assess the compatibility of national laws with EU law and disapply an act that violates it. In practice, they do the same regarding human rights treaties.

Article 35 ECHR requires the exhaustion of all domestic remedies before the ECtHR can hear a case. This requirement only concerns effective domestic remedies, meaning that a remedy must be accessible, capable of providing redress in respect of the applicant's complaints and offer reasonable prospects of success (eg *Sejdovic v. Italy*, para 46). Consequently, if an applicant has no access to a Finnish administrative court, the ECtHR can assess an application directly. A case concerning alleged pushbacks from Lithuania to Belarus is currently pending before the ECtHR's Grand Chamber. While the ECtHR has addressed cases concerning the Belarusian border (eg *M.K. and others v. Poland*), extensive argumentation concerning instrumentalisation is yet lacking in its judgments.

At the EU level, Von der Leyen has flagged her support to the border closure, making it clear that the European Commission will not contest the proposed legislation by opening an infringement procedure for breaches of EU law. However, the matter could land before the CJEU through a preliminary ruling request by the Supreme Administrative Court, unless CJEU's ruling on Lithuania's pushback legislation is deemed to settle the legal question at hand definitely.

Undermining the Rule of Law in the Name of Security

Russia's hostile behavior will surely continue in one form or another. The Finnish government's attempt to solve the matter fails to see that legislation might not be capable of addressing this complex and essentially political issue. Formally, Parliament can pass the law despite its breach of human rights obligations, EU law, and the Finnish Constitution. The substantive problems persist, however, mainstreaming pushbacks and having broader implications for the rule of law in Finland and the EU.

Pia Lotta Storf

Bend it like Britain?

doi: 10.59704/03ec3a8df4949a1d

Is the current UK government "cowardly [and] reckless," forcing its civil servants to implement ministerial decisions which violate human rights? This is the claim of the FDA, a trade union for British and Northern Irish public service staff.

What happened? After months of parliamentary ping-pong, the UK Parliament passed the "Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act" in late April. Not even two weeks later, 66 persons were detained to be deported to Rwanda, and the FDA launched an unprecedented legal action before the High Court, claiming the Act conflicts with the Civil Service Code obligation to "uphold the rule of law and administration of justice".

The Act declares Rwanda a safe country with no legal possibility to challenge this determination – even if there is evidence to the contrary. It thereby paves the way for the government's plan to deport (non-Rwandan) asylum seekers to Rwanda without assessing their refugee status if they entered the UK irregularly from another country classified as safe such as France. The Act will mostly target protection seekers who enter the UK via the Channel, often in small boats ("dinghies"), whose number rose by 23 % in comparison to last year.

By seeking to avoid the prohibition of refoulement, the Safety of Rwanda Act undermines both core principles of the rule of law and disapplies fundamental human rights protections. This blog post discusses key provisions of the new Act, the concerns they raise and some remaining avenues for legal challenges.

Bending Reality with a Fiction of Safety?

The Act's point and purpose is to legislate the fiction of Rwanda's safety into a legal reality. It thereby seeks to override a unanimous UK Supreme Court judgment from November 2023 that declared Rwanda manifestly not safe, mostly due to a real risk of refoulement.

In that judgment, the Supreme Court emphasised that Rwanda did not recognize any persons from Afghanistan as refugees between 2020–2022, whereas the recognition rate for Afghan asylum seekers in the UK was at 74% (at § 85). This is especially concerning as Afghan asylum seekers are currently among the largest groups attempting to cross the Channel. While (some) disparities in recognition quotas may not raise rule of law concerns per se, the rejection of all protection seekers from a major conflict zone points to systemically embedded violations of non-refoulement.

In reaction to the judgment, the UK and Rwanda agreed in a treaty, i.a., that no relocated protection seeker may be deported from Rwanda except back to the UK, irrespective of whether they were granted international protection or not. This means that even rejected asylum seekers will be able to stay in Rwanda in an attept to assuage concerns over a risk of refoulement following flawed asylum procedures.

Yet, concerns prevail regarding refoulement and the availability of fair and consistently accessible procedures. In its written submissions to the UK Supreme Court for the 2023 judgment, UNHCR criticised the Rwandan asylum system for a lack of access to legal representation, a lack of "sufficient skills or experience" of decision-makers, and brief interviews with "no adequate opportunity to explain their asylum claim, respond to potentially adverse points, or provide more than minimal documentation (at p. 217 f.)."

While the UK-Rwandan treaty attempts to address some of these shortcomings, UNHCR maintains that the necessary changes could only be achieved with significant long-term efforts. The realisation of the required systemic change requires "appreciation that the current approach is inadequate, [...] effective training and monitoring" as well as "changes in institutional culture." (at § 20).

Bending Human Rights...

Legal presumptions of safety for the purpose of externalizing asylum procedures are clearly en vogue: the EU is planning to lower the standards for the designation

of so-called Safe Third Countries despite major human rights concerns. However, as the European Court for Human Rights (ECHR) held in its 2019 *Ilias and Ahmed v. Hungary* judgement, states may not simply claim another state's safety and thereby evade their non-refoulement obligations. Instead, they are obliged to thoroughly assess accessibility and adequacy of the asylum system and the state's overall protection against non-refoulement (at § 134). The UK is party to the European Convention of Human Rights (the Convention) and has incorporated its rights into domestic law with the 1998 Human Rights Act (HRA). The Act includes an interpretive obligation to read legislation compatibly with the Convention (s3), taking account of ECHR case law (s2), while also requiring public authorities to act in accordance with the Convention (s6). As such, neither the government nor its public servants can simply rely on a legal declaration of safety if there are in fact real concerns under Article 3 ECHR.

The UK government insists that the new Rwanda Safety Act is lawful because of a number of changes that have been made since the Supreme Court's findings. It points, i.a., to the fact that Rwandan decision-makers have received further training, the establishment of a monitoring mechanism, and the introduction of amendments to the asylum system, including some pertaining to accessing legal representation, and that Rwanda is obliged under international (treaty) law to respect fundamental human rights and non-refoulement. Yet, the Act's architecture reveals that UK lawmakers might have doubted the Act's compliance with the UK's human rights obligations. In particular, the Act's definitions and stipulation that Rwanda is safe is followed by a section that is specifically designed to prevent any legal challenges to that statement. It contains an ouster clause, restricting judicial review by UK courts, and the explicit disapplication of domestic and non-domestic human rights protection mechanisms.

… and the Rule of Law?

For example, s 5(3) disapplies the obligation of public authorities, which includes the FDA, under the Human Rights Act to act in accordance with the Convention in relation to treating Rwanda as a safe country and all connected legal challenges. What is more, section 5 explicitly permits a Minister of the Crown to decide whether to comply (or not) with interim measures by the ECHR. Were a minister to decide not to comply with an interim measure, this would constitute a flagrant breach of Rule 39 of the Rules of the ECHR. Notably, the potential violation of human rights by acting in accordance with a minister's decision but contrary to an interim measure is the main focus of the FDA's claim.

Section 5 may be explained with a view to the history of the UK-Rwanda deal. The first attempt to implement the UK Rwanda policy in 2022 was stopped by an ECHR interim measure. The ECHR held that prior to any relocation, UK courts must consider, firstly, whether deported asylum seekers have access to fair and efficient asylum procedures, and, secondly, whether the decision to treat Rwanda as a safe third country was irrational or based on insufficient enquiry.

Under the new ouster clause in section 2(3) of the Act, however, UK courts and tribunals can no longer examine any claim (including one relying on ECtHR interim measures) regarding the safety of Rwanda, the risk of refoulement, and the fair and proper consideration of a claim for international protection.

This is in direct contravention of the Supreme Court's holding in 2023 that it "is itself required by law to form a view as to whether there are substantial grounds for believing that asylum seekers who are removed to Rwanda are at risk of refoulement, in the light of all the evidence bearing on that issue". While it deemed "[t]he government's assessment of whether there is such a risk is an important element of that evidence … the court is bound to consider the question in the light of the evidence as a whole and to reach its own conclusion" (at § 57).

Remaining Legal Avenues for Asylum Seekers

Despite the Act's severe restriction of judicial review, asylum seekers affected by the Act are left with at least three options.

UK courts may still hear concerns for individual safety as long as they focus solely on the conditions in Rwanda. Concerns regarding refoulement or the asylum system are barred from consideration. However, injunctions suspending removal from the UK require proof of "real, imminent and foreseeable risk of serious harm" (s4). These substantial and procedural requirements constitute a high threshold for protection seekers, especially in light of the UNHCRs assessment of remaining structural deficiencies in the Rwandan asylum system.

The government also explicitly referred to the possibility of seeking a declaration of incompatibility under the

Human Rights Act (s4). The provision allows the courts to declare an Act of Parliament incompatible with the European Convention of Human Rights without affecting the Act's legal validity. Instead, the declaration allows Parliament to consider revising the Act under a fast-tracked procedure. Notably, because this declaration is neither legally binding nor offers compensation to the parties, the ECHR does not consider it a legal remedy which needs to be exhausted before a party may address the ECHR (Burden v. UK, at §§ 40 ff).

Given that all other domestic remedies are precluded by the Act, protection seekers could thus go directly to the ECHR to challenge the Act for violating article 2, 3 or the right to an effective remedy under article 13 of the Convention. However, filing such an application requires knowledge, time and money, and many applicants will not have all three. Moreover, as the respect for interim measures is now subject to ministerial decision, recourse to the ECHR may not be immediately helpful. Finally, the political costs to bringing such a case should not be underestimated – PM Sunak has even threatened that the UK might exit the Convention over the issue.

All these options have limits regarding the effective access to fundamental human rights, either procedural, practical or political.

What's Next?

While the Act severely restricts the courts' ability to hear legal challenges, it does not foreclose judicial review of the Act per se. However, some commentators fear that pursuing such a course of action would strategically be "unwise", fearing further political backlash against the courts.

Against this backdrop, the FDA's application for judicial review appears to chart a useful middle ground both because it emphasises the role of civil servants as opposed to the more politicized rights of asylum seekers, and because it addresses not the Act but a guidance given on 29 April 2024 by the Cabinet Office to civil servants about their legal responsibilities in relation to their role implementing the Act. More specifically, the application for judicial review focuses on the conflict which would arise when a minister decides not to comply with an ECHR interim measure. It argues that civil servants would then face an impasse whereby their obligation to follow government orders would contravene their obligation to follow the civil service code, which includes compatibility with Convention law.

The FDA's lawsuit is special because it is not NGOs or strategic litigation organizations on one side and the state on the other, as is usually the case. Instead, these are civil servants taking legal action against their employer. The potential political repercussions of a successful lawsuit are yet to be seen. However, there is symbolic and political power in civil servants voicing their disagreement with the UK government's restriction of the fundamental human rights of asylum seekers.

Conclusion

The UK's Safety of Rwanda Act constitutes a deeply troubling development and "bends" the rule of law, human rights protections, and asylum procedures. However, the FDA's application for judicial review regarding their legal responsibilities in implementing the Act gives hope that there are some avenues left to prevent the UK's "cowardly, reckless" evasion of the prohibition of refoulement.

Pia would like to thank Nora Markard for helpful comments on an earlier version of this blog.

Kris van der Pas

Litigating the EU-Turkey Deal

doi: 10.59704/a26cc02695e826f6

On 8 April 2024, three Dutch NGOs, supported by a Dutch human rights law firm, sued the Netherlands for approving and carrying out the EU-Turkey deal. They argue that the Dutch government should be held responsible for the dire conditions under which asylum seekers have been held under on Greek islands since the deal has been concluded, which have repeatedly been found to violate human rights. The legal proceedings were initiated after an earlier warning last year by the same NGOs. This warning is required under Dutch procedural law, as proceedings cannot be initiated if the matter has not been attempted to be resolved otherwise.

In this blog, I sketch the context of litigation surrounding the EU-Turkey deal which has driven the NGOs to sue in the Dutch national legal system and explain the particularities of Dutch procedural law that renders the suit possible. The case is part of a trend whereby civil society actors turn to the courts to litigate matters related to asylum to seek policy change (strategic litigation), given the inability to do so through political levers. While strategic litigation thus constitutes an important way in which the rule of law and fundamental rights might be upheld, it can also serve to undermine them by causing political backlash, with governments attempting to limit judicial review.

The (Im)possibility of Legal Action at the EU Level

In 2016, the EU-Turkey deal was concluded by way of a statement. Migrants who arrived irregularly in Greece would be returned to Turkey, as a response to the refugee 'crisis' of 2015. In exchange, per one returned Syrian migrant, a Syrian migrant residing in Turkey would be resettled in the EU. Many critiqued the deal, arguing that Turkey is not a safe country, reporting about the gravity of the situation of those returned to Turkey, and the negative impact on human rights the deal had on the situation in Greece. Something driving the development highlighted in this blog, the General Court (GC) famously decided in 2017 in three similar cases (NF, NG, and NM) that it had no jurisdiction to review the deal, as the EU institutions had not concluded the deal but the Member States. The deal has subsequently been a blueprint for other agreements to 'control' migration, such as the one between the EU and Tunisia.

Although I share the critique that followed the GC cases, my purpose here is not to revisit this debate, nor the effectiveness and consequences of migration deals. The lack of judicial review by the EU Court, however, explains why civil society actors have sought other ways to challenge the deal. Indeed, in the Dutch case the appellants use the NF case to argue that the Dutch court has jurisdiction to adjudicate the case. Otherwise, as the appellants state, there would be a complete lack of judicial review of the EU-Turkey deal. Such lack of review is undesirable given the grave human rights violations happening at the EU's borders.

The Dutch Actio Popularis

The Dutch legal system lends itself procedurally for strategic litigation via class actions (art. 3:305a Dutch Civil Code). Any legal entity that is 'sufficiently representative' of an affected group or interest can initiate litigation against the State as well as against companies. This requirement is interpreted less strictly if an organisation is pursuing an idealistic goal and has a limited financial interest in a claim. NGOs have made use of these permissive standing requirements in relation to various human rights-related matters. Successful examples include cases on ethnic profiling by the Dutch border police and on a risk profile system that violated the privacy of citizens. This form of class action is not unique within the EU, with there being, for example, a right to an *actio popularis* under the Portuguese Constitution. Yet Dutch organizations appear to be the most frequent users of it.

Nevertheless, the possibility for litigation is not unlimited under art. 3:305a Dutch Civil Code as the civil route is closed off when there is a more suitable administrative legal procedure possible. This constitutes an important

limitation in the field of migration and asylum law. Here, civil litigation against the government is often foreclosed because there is an individualized administrative procedure open to applicants. As a result, the Netherlands is not a full-blown 'laboratory' when it comes to *actio popularis* in the migration field. Still, exceptions exist, for example in a 2023 case when the Dutch Council for Refugees (which has a Strategic Litigation Committee) successfully sued the Dutch government for the situation in the asylum reception center in Ter Apel.

The (Un)likelihood of Legal Success

The chances of success in the Dutch case against the EU-Turkey deal are slimmer. The applicants argue that the Dutch government can be held responsible for the situation in the Greek camps that flowed from the EU-Turkey deal, partly because the Netherlands was president of the Council of Ministers of the EU when the deal was concluded. Additionally, relying on internal government documents, the appellants argue that the Dutch state considers itself the 'architect' of the deal and that it played an important part in drafting the deal and making the arrangements with Turkey. They rely on rhetoric by Dutch civil servants to corroborate this argument.

However, there are two potential problems with regards to establishing the required causal link between the Dutch role in the EU-Turkey deal and the situation in Greece. First, it is uncertain to what extent the EU-Turkey deal was responsible for the situation in the Greek camps. Despite convincing evidence from civil society, the situation in Greece was already problematic before the deal was concluded, making a definitive causal link difficult to establish. The applicants in the Dutch case attempt to show this link through statistics which show that the number of asylum seekers on the Greek islands rose significantly after the EU-Turkey deal. Second, the responsibility of the Dutch government for the situation in the Greek camps is not clear-cut. Simply put: is it not the responsibility of the Greek government to bring their national asylum system in line with human rights obligations? The NGOs try to ground the Dutch government's responsibility by showing its awareness of the insufficient implementation of the deal through messages from the Dutch embassy in Greece.

The Rise of Strategic Litigation

This case can be placed in a broader trend of strategic litigation in the field of migration and asylum law in Europe. Strategic litigation can be defined as (the threat of) legal action in which the aim of the litigating party exceeds the individual interest, or even the case itself. This aim is often political or social change but it can also consist of structural legal change. An example of the latter is the CJEU case A & S, in which the Court clarified that national policies need to take the date of the asylum application as the point of departure to determine the status of unaccompanied minor and the subsequent right to family reunification. The case was brought with the help of a law clinic from the Vrij Universiteit Amsterdam, who noticed the structural effects of this Dutch national policy and wanted to bring about change in this regard. Through an individualized preliminary ruling, the CJEU case managed to impose changes in all national policies on unaccompanied minors and family reunification. Individualized cases in asylum can, therefore, have broader (policy) implications.

Because civil society actors in the migration field have few political entryways left, they have increasingly turned to the use of litigation strategies. Civil society actors are even starting litigation procedures in different judicial fora at the same time ('integrated legal strategies') to prevent and tackle accountability gaps. One example of such litigation efforts is on migration control policy between Italy and Libya, where action has been taken before national courts, the European Court of Human Rights, the European Court of Auditors, and the International Criminal Court. Because European governments fail to implement or otherwise respond to existing judgments, strategic litigation efforts are then continued before national and supranational courts.

The Double-Edged Sword of Strategic Litigation

Several strategic litigation cases regarding asylum law have been won, bringing about broader policy and legal change than the case itself. Important precedents include ECtHR Hirsi Jamaa (prohibiting pushbacks), CJEU N.S. (introducing structural requirements for asylum procedures under the Dublin system), and CJEU FMS (prohibiting closed transit zones for asylum seekers), which are all cases in which civil society actors (overtly or covertly) played a role in the designing and outcome of the ca-

se. Bringing such cases thus serves an important role in upholding rule of law standards, especially as supranational rules are not always implemented correctly at national level. Crucially, even if strategic litigation cases are not won on the merits, they can still have a positive impact by showing injustices or mobilizing others. Bringing cases can generate media attention, as the Dutch example shows here and here, and foster public debate on the issues it draws attention to. Although the political climate surrounding migration is not particularly favorable, there are examples of politicians such as MEP Tineke Strik who tirelessly continue to bring human rights violations in the field of migration in the EU to the table.

However, litigation of polarizing issues such as (im)migration can also pose a threat to the rule of law because it feeds into discussion of the separation of powers. It allows opponents to claim that the judiciary is overstepping and giving rise to a 'counter-democracy', and can give ammunition to those seeking to reduce the courts' ability to review legislation and executive action. A case in point are the events in the UK. After (strategic) litigation efforts against the policy of the UK government to transfer asylum seekers to Rwanda, both before the European Court of Human Rights and national courts (specifically the UK Supreme Court), the UK government introduced the Safety of Rwanda Act. This Act, adopted in April 2024, explicitly forbids courts and tribunals from reviewing a decision on Rwanda as a safe country, which directly contravenes the decision of the UK Supreme Court. Moreover, there is no judicial power to enforce interim measures on the same matter from the European Court of Human Rights. This development raises serious concerns as to the system of checks and balances. In the Dutch context, politicians have turned their attention to the access to civil litigation based on art. 3:305a Civil Code, as parliamentarians want to make it more difficult for organizations wishing to litigate for idealistic purposes.

Conclusion

If the Dutch Court were to hold the government responsible, this would solve an accountability gap in Dutch and EU asylum policy. However, at the same time it is likely going to cause considerable political backlash from Dutch and other EU governments. This could, in turn, lead to further non-implementation of judgments and attacks on access to courts. Conversely, if the Dutch judge were to decide that there is no procedural ground to review the EU-Turkey deal, it would show, once again, the lack of effective judicial oversight of informal migration cooperation by the EU. This would deepen the severe deficiency in the system of checks and balances and by extension the rule of law in Europe. As Sarah Singer put it: 'If government action remains unchecked, one might ask "First they came for the asylum seekers, who will they come for next?" '

Agostina Pirrello

Nigeria as a Safe Country of Origin?

On the Production and (Mis)Use of Country of Origin Information

doi: 10.59704/734796ab34a73b48

On May 7th 2024 Italy updated its list of safe countries of origin (SCO) for the second time after the introduction of the notion in the national legal system in 2019. Notably, the latest update retained the most contentious addition to the list from last year, Nigeria. Until then, only Cyprus considered Nigeria as generally safe. The legal issues underlying this designation illustrate how country of origin information (COI), largely provided to Member States by the European Union Agency for Asylum (EUAA), is (mis)used to produce policy-based evidence rather than evidence-based policies. Even though EUAA's expertise should in theory lead to fairer and more harmonized decisions on asylum matters, the case at issue shows why the converse is true. This is because knowledge produced by the Agency can be used by national administrations at their convenience: the Agency's opinions are neither binding nor is there a mechanism in place to oversee how the information provided is used by national authorities.

The Significance of Country of Origin Information

Country of origin information (COI) is crucial to safeguard the asylum seeker's fundamental rights, as it is necessary to examine an asylum seeker's credibility and the risk of refoulement. For example, if a third-country national claims to have been a victim of unpunished corruption in their country, COI allows authorities to verify the credibility of this statement and to assess the likelihood of persecution if the individual is returned to their country. However, COI is also increasingly used to designate ex ante some countries as generally safe, pursuant to Articles 36 and 37 of the Procedures Directive. These allow Member States to establish national lists of SCOs which create, in the words of the Court of Justice of the European Union (CJEU), "a special examination scheme based on a presumption of adequate protection in the country of origin, which can be rebutted by the applicant providing overriding reasons relating to their particular situation".

The designation of a country as safe has significant consequences for asylum seekers. While it does not relieve the administration from carrying out an individual risk assessment, the ECtHR found a high probability that the decision-maker rely on the SCO list without a thorough assessment. Asylum seekers coming from an alleged SCO also face additional procedural hurdles. First, the asylum procedure may be accelerated, which risks deteriorating the assessment's quality. Second, appealing the rejection of a claim for asylum in some Member States does not automatically suspend the decision. Instead, it merely grants the possibility to ask a national court for the suspension of the return. This exposes the asylum seeker to an increased risk of being returned before the finalization of the review of their case.

Designating a Country as Safe

To designate a country of origin as safe, article 37(3) of Procedures Directive mandates Member States to consult a range of sources, specifically mentioning information "by the EUAA, the UNHCR, the Council of Europe and other relevant international organizations". Recital 46 of the Procedure Directive also mandates the use of EUAA methodology for collecting information on third countries to be designated as safe. These provisions suggest that decisions to afford SCO status to a country should be based on standardized knowledge. However, the variety of sources could lead to fairer decisions if the sources are verified. Regretfully, none of the Member States have included in their institutional structure an independent body to monitor the reliability of COI.

Even accurate COI is of little use if national authorities can pick and choose which sources to rely on or use the information selectively. Indeed, because the COI provided by the bodies mentioned in the Directive are used differently in different countries, national lists of SCO still differ widely today. In this respect, bodies tasked with drafting COI act like prompters in theatrical plays. The prompter suggests the lines to the actor from the darkness of the pit. The actor is dependent on the whispering of the line from the prompter, but during the per-

formance, he will be the only one deciding which words to pronounce on stage.

Nigeria as a Safe Country of Origin?

Since March 2023, Italy considers Nigeria a SCO. The COI produced by EUAA with regard to the safety of Nigeria is in stark contrast with this general presumption of safety: from the information collected by the Agency it is clear that some parts of the country are not safe because of terrorist attacks, widespread violence and the inadequate capacity of national security forces to deal with these phenomena.

The considerations that led the Italian authorities to include Nigeria in the SCO list were not made public, as this is not required by Italian law. Following a request by the Association of Legal Studies for Immigration (ASGI) to access the documents of the activity preceding the draft of the decree, the Italian Ministry of Foreign Affairs has disclosed the sheets containing the analysis of each of the countries mentioned in the decree. Yet some parts of the text were redacted, as the Ministry claimed that their publication "could cause a concrete prejudice to international relations." ASGI has since retrieved the unredacted documents through its own channels and has publicly shared them. It revealed that the Ministry had redacted the following part from the sheet on Nigeria previously shared with ASGI: "Although there are punitive rules against corrupt public officials, there is wide impunity and the protection mechanisms provided are not effective; moreover, those who refuse to pay suffer reprisals. For these reasons, complaints are discouraged and amount to only 3.6%".

The concept of SCO hinges on the premise that the third country is capable and willing of offering its citizens sufficient protection against – among others – abuses from public officials. Thus, Annex I of the Procedure Directive states that a country's suitability to be deemed safe implies the presence of an effective system of remedies against violations of the rights and freedoms laid down in the ECHR, specifically in relation to protection against persecution and inhumane treatment. Yet Nigeria's sheet documents a clear absence of entities capable of providing effective protection and effective remedies. The Italian authorities' decision to include Nigeria in the SCO list while only making public partially the COI on which this decision was taken, and that only after a request for access to information, should therefore strike us as worryingly flawed.

Notably, the information sheet retrieved mentions among its sources a 2018 report of the Agency for Asylum, which showed that many categories of people (women, LGBTQ people) in Nigeria lacked adequate protection. Even so, the decree did not provide for any exceptions to the presumption of safety (e.g. for some parts of the territory of Nigeria or for the categories mentioned in the report), a possibility allowed by Article 2-bis d.lgs. 25/2008. Instead, it labels Nigeria a safe country tout court. Referring to the Agency's report without taking up its critical aspect indicates a tendency to use the Agency's expert knowledge to validate a decision rather than to engage with it to ensure a sound basis for a SCO determination that is sufficiently sensitive to asylum-seeker's rights. The reports of the Agency are an authoritative source, but without a monitoring system on how the COI are used by national authorities, the appeal to its expertise is only functional to legitimate a political choice of the government. It is noticeable that the Nigerian community of Italy is the largest of the European Union, which makes it likely that more people from Nigeria will continue to seek asylum in Italy. The designation of Nigeria as SCO thus works as a way to erode the guarantees of prospect asylum applicants.

EUAA's Questionable Independence

This dynamic of invoking the EUAA's reports as a way to legitimate the designation of a country as safe is even more worrying if we look at the organizational and institutional structure of the Agency. Aside from the potential misuse or blatant ignorance of COI provided by EUAA, in fact, the questionable independence of the Agency from Member States' influence calls into question its ability to render SCO designations that are fair in the first place.

Article 12 of the 2022 EUAA Regulation tasks the Agency with providing information and analysis to Member States to designate SCOs. This role has been recently enhanced by the new Asylum Procedure Regulation, which puts forward SCO lists at the Union level with EUAA being designated to provide the Commission with information and analysis. The attribution of this primary role to EUAA raises some doubts. Article 1(3) of EUAA Regulation states that the Agency shall constitute a specialised centre "by virtue of the independence and scientific and technical quality of the assistance provided". However, the structure of EUAA is not undeniably independent.

Its Management Board is almost entirely composed of representatives of Member States, with only one member being a representative of UNHCR with no right to vote (Art 40 EUAA Regulation). Moreover, the Agency and the Member States are obliged to cooperate and to exchange information for the performance of EUAA's tasks (Article 4 EUAA Regulation), including the processing of information underlying the safe country concept (Article 2 h EUAA Regulation).

Although the Agency is described as "a centre for gathering relevant, reliable, objective, accurate and up-to-date information on the third countries concerned in a transparent and impartial manner" (Recital 9 EUAA Regulation), EUAA is called to "support" the Member States. The concept of "support" can indicate several practical articulations of the interaction between support and supported, but certainly the knowledge produced by EUAA is intended to serve not two but multiple masters whose political priorities may not coincide. Instead of fostering the production of a more "objective" knowledge, this institutional structure of the Agency risks allowing national authorities to use EUAA's knowledge in a manner that aligns with their own preferences.

Conclusion

Italy's recent update to its list of safe countries which retains Nigeria highlights critical issues in the designation process of SCO and in the role played by EUAA in such practice. While the Asylum Procedure Regulation introduced a European list of SCO with the decisive role of EUAA, the lack of independence of the Agency raises concerns as to the potential gaps in the protection of asylum seekers and in the design of fair procedures to draft SCO lists.

Aron Bosman

A Collision Foretold

The New Dutch Migration Plans Clash with the EU Migration Pact

doi: 10.59704/08d917c8c037bfd0

On 16 May, four Dutch parties presented a new governing agreement (Agreement). The four parties PVV (ID), VVD (RENEW), NSC, and BBB (both aspiring EPP) will form one of the most right-wing governments in Dutch history. According to their anti-migration campaign and the said Agreement, the parties vow to impose the strictest migration policy to date. The proposed migration measures under the Agreement endanger the fundamental rights of migrants and people applying for international protection. The plan also put the Netherlands on a collision course with the EU as many of the measures are contrary to the provisions in the EU Migration Pact, which was adopted last week.

An ill-conceived remedy

Over the last few years, the Netherlands has been dealing with a 'reception crisis' for people applying for international protection due to the lack of housing capacity at the reception centres. In 2015, a similar crisis occurred because of a sudden and unexpected number of new arrivals. However, the crisis that has been ongoing since 2021 is of the government's own making. When the number of arrivals decreased, reception facilities were closed. This has led to the current shortage of accommodation which resulted in people sleeping outside the registration centre for days. Instead of creating more capacity, the new government will try to kill the recently adopted 'distribution act', which created more available spaces throughout the country. The new government's focus will instead be on bringing the number of arrivals down by taking measures with a 'deterring effect'. A new asylum crisis law would make it possible to halt making decisions in applicants' cases for two years and to differentiate reception conditions, in some cases even restricting access. The made-up crisis will be used domestically to bypass democratic processes and rule by governmental decree.

It is implausible that these measures will stand the test of EU law. The EU Migration Pact forms a hardening of the continent's migration policies and will likely lead to widescale fundamental rights violations during its implementation. However, it also holds important safeguards that are incompatible with the Dutch plans. The EU adopted the Crisis & force majeure regulation, providing for derogations from the normal rights and procedures during 'crises'. Despite the new government's use of the word 'crisis', it is unlikely that the Commission (under Article 2) will agree with this assessment. According to Article 1(4)(a), a crisis is an 'exceptional situation of mass arrival [...] that [...] renders the Member State's well-prepared asylum, reception [...] system non-functional'. Not only is the amount of arrivals in the Netherlands unexceptional, but the country's asylum and reception system is also far from well-prepared.

Under the Regulation, a situation of crisis can only exist for a maximum of 12 months (Article 5). This means that the regular standards would apply to the Netherlands. As a matter of international and EU law, requesting international protection is a fundamental right. Whereas the Dutch government intends to halt examining applications for international protection for two years, the new Asylum procedure regulation states that examinations must be made as soon as possible and within a six-month limit (Article 35(4)). It is possible to extend the examination period by another six months in the case of a disproportionate number of arrivals (Article 35(5)(a)). The Dutch plan clearly violates these standards.

The Netherlands is going south

The Netherlands will take a page from the Belgian playbook for further deterring measures. To alleviate pressure on the reception facilities, the country aims to differentiate reception conditions. In Belgium, this practice is already in place. Single men applying for protection do not receive shelter or food in Belgium. Previously, even families with young children and unaccompanied children did not receive shelter due to a saturated reception system. Administrative courts have condemned the Belgian practice thousands of times. The European Court of

Human Rights (ECtHR) has ordered an equally impressive amount of interim measures instructing Belgium to provide applicants with accommodation and material assistance to meet their basic needs. Belgium did not budge. In July 2023, the ECtHR found a violation of Article 6 of the Convention over the Belgian non-compliance.

The new Reception conditions directive does offer Member States the possibility to reduce or withdraw material reception conditions. However, this is only possible for applicants who move to another EU Member State, if they leave their geographically restricted area or do not comply with the authorities (Article 23). In any case, Member States 'shall ensure a standard of living in accordance with Union law, including the Charter, and international obligations for all applicants' (Article 23(4)). This means that should the Netherlands copy the policy of its southern neighbour, it would still violate EU law.

Rights for the one, not the other

The new government claims to 'strengthen the importance of the Constitution and fundamental rights, of checks and balances in [the] democratic system, and of institutions upholding the rule of law and legal principles.' This objective seems to have been forgotten when writing the migration section of the Agreement. Under the Agreement, it would be impossible to appeal court judgments. The burden of proof would lie with the applicants, but ministerial notices holding country information, based on which decisions are made, would not be made public anymore, making it impossible to challenge them. Legal aid during the application phase would be reduced as much as possible and scaled down during subsequent applications. Launching subsequent applications would become more difficult, and the time limit for appeal would be shortened. All these measures run contrary to some of the strengthened safeguards in the Pact. The Asylum procedure regulation introduces a right to free legal counselling during the application as well as during the appeal phase (Articles 15-17). Whereas the Regulation's provisions do not necessarily preclude the Dutch approach, the latter does make violations of the right to an effective remedy (Article 13 ECHR, Article 47 EU Charter) more likely.

Border management as a totem

One area where the new measures broadly align with the European ones is border management. The governing parties aim to intensify border checks and border controls and intend to readmit irregular migrants found during those checks to Belgium or Germany. The possibility of taking these measures is largely provided in the newly amended Schengen Borders Code. The new wording of the Regulation explicitly allows for border controls at the internal Schengen borders to 'reduce illegal immigration' (Article 23(a)(ii)). The new Article 23a also allows people apprehended during these checks to be transferred to a third country. This, in effect, amounts to internal summary expulsions. The CJEU ruled in *ADDE and Others* (C-143/22), that the summary returns from France to Italy were contrary to the Returns directive (2008/115/EC). Despite the Schengen Border Code's normalisation of returns, the Dutch still have to consider the Returns directive's safeguards as clarified in *ADDE*. This means that the person apprehended has to be issued a return decision and cannot be 'directly returned' as the Dutch parties wish.

Cherry-picking at other's expense

Considering the impossibility of aligning most of the Dutch plans with EU law, it is unsurprising that the governing Agreement calls for an opt-out from EU asylum and migration policy. Besides the political implausibility of this opt-out being granted, it would not relieve the country of its obligations under international and European human rights law prohibiting the lion's share of the migration proposals. The new governing parties know this and know that many of their plans will be shot down by judges at the national or European level. This is all part of a political game in which right-wing parties are confronted with the impossibility of their ideals and blame anyone but themselves. It is rather cynical that this blame game is played at the expense of people in search of safety who already are in an extremely vulnerable position. The Dutch Janus-faced position is best summarised by the Agreement's assessment of the Pact: 'The EU migration pact with tightened asylum rules and admission procedures will, once adopted, be implemented as soon as possible, including by opting for contributing financially rather than relocating asylum applicants.' The Dutch Agreement is a form of cherry-picking based on a legal fantasy, leaving thousands of people in legal limbo or deprived of their basic needs.

Not great for a government calling its Agreement 'Hope, courage, and pride'.

Zoltán Szente

Ten Commandments to Stifle Academic Freedom

A Toolbox for Autocrats

doi: 10.59704/cd391d7dfce03294

Since 2010, the beginning of the populist takeover and the authoritarian transition, Hungary has gathered a lot of experience on how to dismantle academic freedom. This knowledge can be useful for other autocrats as well. But even if we don't want to give them tips on how to repeat what happened and is happening in this country, it might still be worth reconstructing how it all took place. At least sometimes, it may be worthwhile to use a kind of reverse reasoning to understand the way of thinking of those who strive to destroy the values that are fundamentally important to us. This can be especially useful for calculating what to expect from autocrats and preparing how to defend against them.

So, if today's autocrats, like their Hungarian friends, are thinking about ways to restrict or destroy academic freedom, they should consider the following recommendations.

#1: Ignore the scientific results …

…at least those that are not useful to you. This can be an especially beneficial approach in the social sciences, where researchers may cause you a lot of trouble. They tend to question almost everything: your goals, your means, your performance, and sometimes your entire system of governance. This is why they are proposing all kinds of things that are contrary to everything that you have achieved so far in order to maintain and expand your own power.

In Hungary, for example, constitutional scholars are not asked how to restore the rule of law and democracy (since this would be contrary to the government's aspirations). Sociologists and other social scientists are not consulted about how to promote social equality (since in the eyes of the government there exist suspicious and even hostile minorities and social classes, from "Soros agents" through LGBTQ propagandists to the Roma). Finally, the government does not seek the opinion of theoretical economists on economic policy (because the latter want to introduce the euro, demand a balanced budget, a reduction in the national debt, and oppose the state's interventions in the market).

#2: Deliberately confuse research and innovation

If you need arguments for transforming or downsizing scientific institutions that you find troublesome, refer to the protection of taxpayers' money and the lack of the social utility of science. On the contrary, support and propagate as scientific achievements, technical improvements and innovations that will likely make a profit (increasing battery production, for example). In addition, classify historical, sociological, ethnographic, archaeological, etc. research as the hobby of a closed elite group. Further, conceal the fact that innovation and applied research make use of the results of basic research.

In Hungary, for example, while scientific infrastructure is being whittled away, the innovation and development capacities of some industries are being spectacularly developed, achieving results such as building a number of football stadiums and becoming a serious player in the car battery market.

#3: Build a parallel system of scientific institutions…

If you cannot tame the inherited scientific infrastructure, create your own research institutes in parallel with existing ones. This can be useful in several ways: you can dictate "scientific" results, demonstrate that you take science and its results very seriously, and finally, give your fellow politicians (or even your relatives) secure jobs.

In Hungary, for example, in recent years, the government has created alternative institutes for history, ethnography, and legal science, as well as a political recruitment institution as an alternative to secondary and higher education.

#4: … or capture existing ones…

If your power is already sufficiently consolidated, you can choose an even more promising solution: place scientists loyal to you (or those you want to be scientists) into existing institutions. If you have been in power for a long time, this solution will almost resolve itself, but you can also do this through institutional reorganization. In many cases, it is enough just to replace the leaders; the rest will take care of itself. You may want to organize the "screening" of research institutes; surely, you will always find renowned foreign scientists for this job if you are willing to spend enough money for this purpose. According to a recent Hungarian saying, "Whoever rules the media rules the country" – this applies to science, too.

In Hungary, for example, in 2019, the state took the entire research institute network away from the Hungarian Academy of Sciences (an independent scientific body) and placed it under the supervision of a government agency. Later, as part of the "model change of higher education", it put most state universities under the maintenance of "public interest foundations", which are run by managing boards full of government politicians and businessmen close to the government.

#5: … or, possibly, persecute them

If creating your own loyal institutions is not enough, or you cannot capture every institution, it is best to hound them out of the country. There are many ways to do this: you can withdraw budgetary support, organize a smear campaign and administratively harass them, or, ultimately, define legal conditions that cannot be met. Sometimes it can be enough to exclude members of certain groups (for example, liberals, gays, certain nationalities) from being university lecturers or researchers. Of course, this may lead to a harmful legal battle, but if the relevant high courts are stacked with friends, you shouldn't have a problem with that either.

In Hungary, for example, the American-founded Central European University was burdened by impossible and unfulfillable legal conditions. This was accompanied by fierce negative campaigne. Accordingly, for example, even the European Union was implementing the will of the university's founder – the so-called "Soros Plan", which intends to destroy European Christian culture by settling foreign peoples. The Hungarian Constitutional Court, all of whose current members owe their mandate to the government, did not make a decision about the relevant law for years, and after CEU moved from Budapest to Vienna, it simply terminated the procedure as a moot case.

#6: Train your own scientists

This is, in fact, a procedure similar to the creation of your own loyal institutions and even goes hand in hand with it. You can make your own work more straightforward if you also occupy the bodies that carry out university accreditation and decide on scientific qualifications and awards.

In Hungary, for example, the new research institutes mentioned in #3 employ many researchers who were socialized after 2010 and owe their entire careers (which are financially much more advantageous than those of people working in the traditional institutional system) to the regime that has prevailed since 2010. The former (and some universities) provide the scientific background and appropriate image for many "analysts" and "experts" who actually engage in political propaganda for the ruling parties or the government and can be used for any purpose.

#7: Buy the scientists or intimidate them

If scientists don't say what you want them to, you have two options. One is to simply buy their loyalty. This is always easier for scholars from politically indifferent scientific fields since their research does not directly affect politics. Hence, it will be easier for them to give up their independent, politically relevant views. But you can be sure a significant number of social scientists will also offer their loyalty, especially if their personal interests demand it. The range of benefits you can offer them is almost unlimited: from giving them leading positions in scientific life to well-paying public contracts, there are many options. Often, even maintaining the status quo (the retention of an established position) is sufficient.

Intimidating or "correcting" individuals is undoubtedly a more radical approach than the previous ones, but there are always recalcitrant scholars (mainly social scientists, but, *horribile dictu*! sometimes even natural scientists) who will not read the signs of the present times and fail to adapt to your expectations. In these cases, you can isolate, threaten, or even fire them.

In Hungary, for example, abolishing the autonomy of the University of Theater and Film Arts proved morally unacceptable for many of the university's lecturers. Apart

from this case, there have been dismissals from universities due to political or other dissenting opinions.

#8: Keep scientific publications under control

If you don't want to allow scientists to irresponsibly think whatever they want, take control of their publication channels. This process will partially resolve itself if you obtain control of the research institutes and universities that run academic book publishers or journals. However, other methods are available too. The publication of scientific works is not commercially profitable, and most publishers depend on state subsidies that you decide on. Moreover, by making this approach obvious, editors will sooner or later practice self-censorship and refrain from publishing politically sensitive or critical work. All this can be done while maintaining the appearance of scholarship: the proper application of the double-peer-review system, for example, is a better method than simple editorial rejection. Simply postpone the final evaluation for a long time (before finally rejecting it), benefitting from the fact that these high-quality but critical works cannot be published elsewhere.

In Hungary, for example, the leading book distribution company was purchased by a pro-government foundation. Since then, the availability of books classified as "LGBTQ propaganda" has been restricted in the related bookstores, stigmatizing certain children's books and literary works.

#9: Define for yourself what real science is

Even the most loyal scientists can't always figure out how to support you, and if they keep company with other (real) scholars, they may easily be infected by genuine scientific principles and independent ways of thinking. It is best to determine for yourself what is and is not real science or scientific results.

In Hungary, for example, the government has successfully pushed gender studies out of high education and replaced it with the more patriotic "family studies" (whatever that is). Moreover, great energy is being mobilized to prove the "Turkic" origin of the Hungarian people to contribute to the "opening to the East" foreign policy project.

#10: Eliminate science altogether

If you cannot achieve your goals with the above methods, eliminate science from social life, deprive it of all its instruments and influence, and use its resources as you wish. If you manage science with a science policy corresponding to the above recommendations, then sooner or later, only politics will remain. The good news is that you won't necessarily have to make this public: as a cumulative effect of implementing the respective steps, it will happen by itself, so to speak.

Although this has not yet happened in Hungary, there are many examples of anti-science measures, such as the denigration of science, which also prevail in the symbolic space. For instance, most scientific and cultural institutions have successfully been removed from the former royal castle in Buda, although the building of a new government quarter in their place is progressing only slowly.

+1 Golden Rule

However, if none of this works or you simply don't have the patience to follow the above, then… create a "Sovereignty Protection Authority".

A few months ago, the Hungarian Parliament adopted a so-called sovereignty protection law and established a Sovereignty Protection Authority stating that "[i]n recent years, Hungary's sovereignty has come under increasing attack". For an authoritarian government, protecting sovereignty in this way may well be worth, because it can provide an opportunity for basically anything … for example, stifling academic freedom at once.

***

Based on a careful study of the Hungarian example, the autocratic toolbox for dismantling academic freedom is complete and ready. So, the next task for democrats, unless they want the Hungarian scenario realized in their own country, is to put together their "how to protect academic freedom" toolbox.

Viktoriia Lapa, Justin Frosini

Challenges to Georgia's EU Integration: Is the Georgian 'Russian Law 2.0' contrary to the Georgian Constitution?



doi: 10.59704/58a1d6d4435633ec

Georgia has garnered attention for its protests against the Law 'On Transparency of Foreign Influence', which has been also labelled the 'Russian Law 2.0'. International NGOs and human rights organizations have primarily focused on the potential violations of the rights to freedom of expression and association, and rightly so. However, the question our contribution poses is different: will the 'Russian Law 2.0' be be contrary to the Euro-Atlantic provisions in the Georgian Constitution?

The Draft Law 'On Transparency of Foreign Influence' aims to regulate various organizations operating within Georgia and was originally submitted by the ruling pro-Russian 'Georgian Dream' party in March 2023. Specifically targeting non-governmental and media entities receiving more than 20% of their annual income from foreign sources, the law mandates their registration as organizations serving the interests of foreign agents. Some reports have rightly dubbed the Georgian Draft Law as 'Russian Law 2.0' since it mirrors the Foreign Agents Law adopted in Russia in 2012. The Russian government used the legislation to exercise state control over media and NGOs, as documented by Human Rights Watch already in 2013. Moreover, some scholars claim that the Foreign Agents Bill in Russia has given unlimited power to the executive branch and 'turned the rule of law into a fiction'.

In February 2023, 400 Georgian NGOs and media outlets have issued a statement claiming that 'the attempts to adopt this Russian bill attack not only the independent civil society organizations and the critical media, but the people of Georgia themselves.' The Georgian Dream party was forced to withdraw the draft law after massive protests by the Georgian population in March 2023. What is more important, Georgia was given the EU candidate status for membership in December 2023.

Contrary to its previous commitments not to propose such a law, the Georgian Dream Party reintroduced a revised version of the Law in April 2024 with a minor shift in terminology, replacing 'agents of foreign influence' with 'organizations pursuing the interests of a foreign power.' Beyond this semantic change, the law retains far-reaching powers to interfere with the functioning of such organizations.

Committed to their preference for a European future, as of May 1st 2024, the Georgian people have shown steadfast determination in their protests against the 'Russian Law 2.0', taking to the streets for over three weeks. Massive rallies in Tbilisi, featuring the EU and Georgian flags assembled masses under the main slogan 'Yes to Europe, No to Russian Law'. The resolve of the Georgian people to protest seems to match the unwavering determination of the Georgian Parliament to adopt the Law: it has passed two readings, and Parliament aims to pass it in the third reading by mid-May 2024.

It is not surprising the path chosen by the Georgian Parliament was openly welcomed by the Deputy Chairman of the Russian Security Council, Dmitriy Medvedev, who supported the reintroduction of the Law. Alarmingly, Russian influence is getting traction in its neighboring countries. In Kyrgyzstan, a recent law on 'foreign representatives' mandates non-profit organizations, including media outlets, to identify themselves as such and submit regular financial reports. Similarly, in Abkhazia, a breakaway region within Georgia occupied by Russia, legislation mirroring Russia's 'foreign agent' law is being considered, raising concerns about the erosion of democratic principles and confirming the Russian influence. This 'Russian-inspired path' stands in contrast to the Euro-Atlantic aspirations of the Georgian people and the Georgian constitution.

What do the Georgian Constitution's Euro-Atlantic provisions have to do with the Foreign Influence Law?

First of all, inserting Euro-Atlantic aspirations of the country in its Constitution is not a widespread practice, but some countries like Ukraine and Georgia have done so. Euro-Atlantic provisions were introduced into the Georgian Constitution through constitutional amendment in 2018. In particular, the Georgian Constitution in Article 78 states:

"*The constitutional bodies shall take all measures within the scope of their competences to ensure the full integration of Georgia into the European Union and the North Atlantic Treaty Organization*."

The interpretation of Article 78 has already been discussed in a case on a possibility of impeachment of the President of Georgia over her foreign visits without the approval of the government. In its decision of 16th October 2023, the Constitutional Court decided that the President violated the Constitution by exceeding her foreign policy powers established in Article 52 of the Constitution by making visits without the approval of the government. In their dissenting opinion, the judges of the Constitutional Court of Georgia – Irine Imerlishvili, Giorgi Kverenchkhiladze, and Teimuraz Tughush referred to Article 78 by stating that, 'integration into the European Union represents the national interest declared by the Georgian constitution, parliament, government, and the great majority of the Georgian people. Unwavering support for European integration process is universally declared by all state bodies, which is also dictated by Article 78 of the Constitution of Georgia, which indicates the need for state bodies to take measures to promote integration within their competence.' In broad terms, the judges asserted that even if the President's actions formally violated the Constitution, they did not harm the state's foreign policy, as they were aimed at EU integration.

The position of the dissenting judges is shared by the Institute for Development of Freedom of Information of Georgia which has affirmed that the President's support for Euro-Atlantic integration, including informal visits and statements, is not only within her authority but also a direct obligation under Article 78 of the Constitution. On the other side, some experts claim that Art. 78 only provides that the constitutional bodies should make maximum political efforts within the framework of their legal powers.

Fit for European integration purpose?

Returning to the question of whether the 'Russian Law 2.0' aligns with Georgia's aspirations for European integration, it's worth mentioning that the Georgian Government and President hold opposing views. For example, Prime Minister of Georgia, Irakli Kobakhidze, in his briefing on May 1st, 2024, claimed that 'Transparency stands as one of the fundamental European values. There's no evidence to suggest that requiring NGOs to publish a declaration once a year contradicts European principles.' Moreover, on May 3rd, 2024, in his X message, Prime Minister Kobakhidze reiterated that 'the enactment of the transparency law is a crucial prerequisite for achieving depolarization, which is the main recommendation of the European Union'. Contrary to the Prime Minister, Georgian President Salome Zourabichvili in one of her interviews, stated that the Law was aimed at derailing the country's bid to the EU and she would veto the Law. However, Parliament would be able to overturn her veto.

The EU institutions are also firm in their conviction that the 'Law on Transparency of Foreign Influence' is contrary to Georgia's EU integration commitments. First of all, the EU Delegation to Georgia in its communication of 4 April 2024 recalls that the European Council granted Georgia candidate status on the understanding that the relevant steps set out in the Commission's recommendation of 8 November 2023 are taken: Step 9 includes a recommendation for Georgia to make sure that civil society can operate freely, and Step 1 calls on Georgia to fight disinformation against the EU and its values.

Then, on 24 April 2024, Josep Borrell, High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, issued a stark warning to Georgia's political leaders, urging them to withdraw the contentious draft law on foreign influence. Borrell asserted that the proposed legislation, if enacted, would clash with EU norms and values, potentially imperiling Georgia's progress toward EU integration. In its part, the European Parliament adopted a resolution on April 25th 2024 where it stressed that the draft law violates objectives established as Steps 1 and 9 in the Commission's Recommendations for Georgia. Finally, on May 1st, EU Commission President, Ursula von der Leyen reiterated that 'The European Union has also clearly expressed its concerns regarding the law on foreign influence.

Whether the Constitutional Court of Georgia will con-

sider the case on the constitutionality of the 'Russian Law 2.0' remains to be seen. Either the President of Georgia, the Government or one fifth of the Members of Parliament can access the Court after the bill has been signed into law. The outcome of such a case will depend on the interpretation by the Court which remains under the strong political influence of the pro-Russian government, as claimed by the Georgian experts. If the Court takes into account the statements and recommendations of the EU, which clearly support the view that the law is contrary to Georgia's EU aspirations, it might conclude that the Georgian Parliament has not taken 'all measures within the scope of their competences' to ensure the full integration of Georgia into the EU under Article 78 of the Georgian Constitution. Consequently, the 'Russian Law 2.0' is contrary to Article 78 of the Georgian Constitution. Georgians have shown their courage by protesting against the 'Russian Law 2.0', and the Georgian Dream Party should also summon the courage not to betray the European aspirations of its population by making deals with Russia. History and the Constitution are watching.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

On Rebuilding and ... Keeping the Rule of Law

doi: 10.59704/02ca135ac90af5f6

"The Constitution becomes the focus of our attention, the prism of our perspective. Our efforts are directed to understanding it – and many other things in society as well – in terms of its clauses, its concepts, its traditions. Through this focus, we achieve a sort of tunnel vision: a closing off to other possibilities that would speak in a different language and think in a different way, a closing off to worlds in which the Constitution is only one document among many, worlds in which the Constitution is no great thing, but only a first draft of something much greater and more noble. And to think and talk, and focus our attention on the Constitution, to be faithful to it, and not to some other thing, we must bolt the doors, shut out the lights, block the entrances."

(J. M. Balkin, Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith)

Starting point - route - destination

When I think about the challenge of rebuilding the rule of law in Poland after years filled with unimaginably lawless legal and factual acts and hateful words tearing the Polish Constitution to shreds and offering adequate recipes, the *starting point* is framing the discussion. Given the scale of unconstitutional destruction of 2015 – 2023, the rebuilding must be about optimal rather than perfect solutions. Optimal due to the sum of what is possible from a legal and factual perspective within the framework set out by the Constitution, its principles and values, and the binding judgments of supranational and international courts. A correct description of the starting point determines the route and provides the background against which one can evaluate more detailed legislative choices made along the way.

The route must be determined by "fidelity to the Constitution". Fidelity is an attitude of commitment, dedication, and submission, for as a politician, legislator, and citizen, I submit to the discipline of the constitutional document, which I pledge to uphold and restore its central place at the apex of the legal system.

Our avowed destination, in turn, must be framed in clear terms as restoring the meaning and respect to the basic elements of the Polish legal order. We must aspire and attempt to embed them now in the public consciousness better than before, because one day we would like to be in a position to assert that we have indeed reached a special state of voluntary "submission and surrender" to and respect for OUR Constitution. I argue that the latter must become the new narrative of lawyers, politicians and citizens alike if we are to succeed not only in the normative sense (the current discussion, undoubtedly important about the form (question how?) of restoring the rule of law: by law or by resolution, etc.), pragmatic sense (the question about the consequences of maintaining the current unconstitutional state of affairs) but also symbolic sense (the question why is the restoration of the rule of law of existential importance?).

Rebuilding the rule of law. Of signposts

First, we need to make it clear that between 2015 and 2023, the constitutional profile of the state in Poland has been altered. We did not have a mere crisis of the rule of law but rather a ruthless war against the Constitution. This has occurred with unconstitutional resolutions of the Sejm, constitutionally hostile "rulings" issued by the usurpers masquerading as constitutional judges and, most often, by *de facto* actions based on sheer and blunt unconstrained force. Together, they turned out to be lethal to the institutions and (as it turned out, extremely fragile and weak) culture of the rule of law on the ground. Therefore, when we talk about the rebuild today, our restorative measures must not be merely technical/normative in nature. Rather, any legislative solution adopted must pursue the primary goal of restoring meaning to the key elements of our legal and civic vocabulary, which have been stripped of any relevance and manipulated in the service of ruthless majoritarian politics: constitutional court – rule of law – Constitution – integration

– respect – dignity of law – dignity of institutions – separation of powers – culture of limitation. This symbolic dimension of our starting point is crucial.

Second, we must look at the process of restoring the law from a situational perspective. The choice of strategies and methods must be determined by the distribution of constitutional values in each case, the consequences of maintaining a situation inconsistent with the constitutional document for the entire legal order, and, last but not least, by keeping fresh the memories of the unprecedented ruthlessness with which the system was destroyed *per fas et nefas*. These emotions and memories have nothing to do with revanchism, which I reject, but rather should be taken into account today when we make a good-faith calculation of how to act and what solutions to choose to restore the Constitution to its rightful place as the highest law of the land. It must be clear that those who leave with bad faith and arrogance in their hearts and a clear "track record" of the destruction of the rule of law cannot continue to have an advantage over those who want to restore the integrity of the Constitution. Unfortunately, they will continue to enjoy it, if we accept today with legalistic helplessness the many booby traps and poison they have left behind them. When the situation and the protection of constitutional values and the calculus of "*doing more than something*" against "*doing not enough*" and simply waiting, demand it, we must be ready to move decisively in the name of the Constitution.

Third, and finally, our methods must be proportionate to the extent of the lawlessness on the ground and the consequences of maintaining the illegal *status quo*. Our legal imagination might fuel change, but only when followed by a willingness to act and counteract outside the box. Thinking outside the box is only possible if we have the courage to critically reevaluate our existing language. Restoring the rule of law is a process that will be a combination of actions of different nature and intensity. Some of them will be the realization of legalism, understood as compliance with the letter of the law, and some will require something more to protect constitutional values. This does not mean, however, that what goes beyond the letter of the law must be automatically categorized as unlawful, just as not every interpretation that goes beyond the wording of a legal provision must be unlawful in a situation where our literal interpretation would lead to an absurd or obviously unjust result(s). Just as we accept that we can overcome a linguistic interpretation in order to exclude absurdity or injustice, the same must go for the choice of methods to restore the rule of law. Sometimes relying only on the letter of the law will lead to absurd consequences but, of course, in the name of formal and self-destructive legalism (e.g., the naïve "let's wait until the compromised judges of the Constitutional Court are gone or let's believe that they will now convert and all of a sudden become loyal servants of the constitutional document …"). Isn't it, however, the case that by thinking this way, we impose on ourselves an overly formalistic understanding of what it means to act legally? Should not the "legal methods" adopted and accepted correspond to the extent of the destruction of the rule of law and go beyond the letter of the law? Such a rethinking of legalism requires effort and imagination and as such challenges lawyers to adapt their vocabulary in the search for solutions that would be optimal and appropriate to the scale of the destruction and to the costs of doing not enough in the name of misconstrued legalism.

Fidelity to Our Constitution is the heart of the rebuild

The key word for the reformers today and tomorrow must be "fidelity" to the Constitution, which has been rejected and humiliated for years. My constitutional fidelity means not what the Constitution does to me but what I do to myself and around me to remain faithful to the Constitution. Constitutional fidelity arises at the intersection of practice, text, interpretation, and culture. As Balkin has convincingly argued:

> *To become the faithful servants of the Constitution, we must talk and think in terms of it; we must think constitutional thoughts, we must speak a constitutional language. The Constitution becomes the focus of our attention, the prism of our perspective. Our efforts are directed to understanding it-and many other things in society as well-in terms of its clauses, its concepts, its traditions.*

So understood, constitutional fidelity is much more than the attachment to the text of the Constitution because the Constitution itself is so much more than just a dry text. It is also the values, institutions, and traditions for which the Constitution serves as a reservoir and which it expresses. Fidelity is loyalty to these elements as well. A good constitution is a document in which the past

(where do we come from?), the present (who are we today?) and the future (where are we going?) meet. Each of these three elements interacts with each other: we can't understand the present if we forget the past, we can't discover the future if we misconstrue where we are today. Our fidelity to the Constitution must therefore be defined by anchoring in the past, developing and growing in the present and moving into the future. Such a split between looking to the past and looking to the future is the hallmark of good constitutions that are based on text, context, and tradition. The intergenerational aligning between what was, what is and what will be is a challenge for each generation, which must draw out the consequences of the commitments expressed in the constitutional document. One must now decisively frame and factor in these non-textual considerations in the process of deciding more technical questions as to how and by what legislative means one ought to adopt to rebuild the rule of law.

Beyond the rebuild: How to sustain the rule of law for the future?

In 2015 – 2023, we were taught a very painful lesson: Our Polish rule of law, built from the top down, resembled a castle built on sands that could collapse at the slightest shock. Therefore, discussing today "how to rebuild", we cannot afford once again to reduce this discussion only to a technical dispute between lawyers flipping arcane legalistic arguments hardly understandable by the most important stakeholders of this discussion – the citizenry. We must, drawing on the great potential of KONS-TY – TUC – JA, ask ourselves how our discussion about the rule of law can be better embedded socially and become a lived experience in order to be "sustainable" beyond today? This question goes beyond our legalistic exchanges and rather challenges us much more demandingly: figuring out how to explicate the rule of law, what language to speak to the people and how to reach them?

All this at a time when eight years of dismantling the rule of law, as well as the earlier period of legal passivity, do not work in our favour and are not conducive now to building the social legitimacy and credibility of the legal profession or convincing the citizens that we do indeed care. Therefore each of us today should ask what he can do around himself to make things better. What can I do right here, right now? Not only write, but also accept invitations to go to small towns and talk to those who are fearful, distrustful, and resentful, to at least try to explain and, crucially, to listen. They and their voices are also part of "We the People". Be ready to say "no" when injustice happens. Speak out. Do not accept "no, that cannot be done" because such soothing "business as usual" will lull you into passivity and escapism so craved by the would-be autocrats.

Let's finally remember that for any socially "good change" to be lasting, it must start and grow in the hearts and attitudes of the people and never be brought "as a gift" from the allegedly benevolent authorities. Any change begins at the micro level around me and in me: at the level of family, friends, neighbors, community and municipality. Such a change takes infinitely longer than any social top-down engineering and, as such, is a scary proposition for lawyers who relish such a top-down approach to the institutions and the rule of law. Are we lawyers ready to frame and embed the rule of law along these conceptual and imaginary lines that call for sustained effort, patience, and organic work?

When we argue about how to rebuild the rule of law in Poland, we aspire to read not only the law but, above all, "the Constitution forward" in the context of a political-legal-social system that has been corrupted in ways that our traditional legalistic approach cannot adequately capture and express. Such reformative "Reading the Constitution forward" is of paramount importance as it focuses our discussion not simply on the restoration of the rule of law today and tomorrow but also on the maintenance of the rule of law as a social practice for future generations. This latter aspect is crucial to the long-term prosperity and survival of the rule of law in Poland. If things are to get better, this should be our most important signpost not only for 2024 but also beyond. Only then will the constitution become OUR CONSTITUTION to which I profess my loyalty, will a judge accept the mantle of OUR JUDGE whom I/we want to defend, and will Poland aspire to be a decent state under OUR RULE OF LAW.

Tall order and highest stakes possible. They must not be swept under the rug of legislative fervour this time around. Instead, let's bolt the doors, shut out the lights, block the entrances and think and talk the Constitution and our fidelity to it. The technical aspect of the rebuild will then follow.

Mariusz Jelonek

The Autocratic Party-Structure of PiS

Institutional Reasons for the Polish Constitutional Crisis from a Comparative Perspective

doi: 10.59704/7c3493e4f9c68aa7

Political parties are the heart of every parliamentary democracy. Despite that, they may also be its greatest enemy. This is the case when they are autocratically structured. This post aims to explore what categorises political party-structure as autocratic to explain the institutional reasons behind the Polish constitutional crisis as of 2015. Moreover, it postulates a reform of a party-structure introducing new rules as partially inspired by German legal solutions. Namely, the main executive body of the party must consist of at least three members elected no less frequently than every two years. Furthermore, all party members must be allowed to propose electoral candidates. Finally, decisions on party offices and electoral nominations must be carried out by a secret ballot.

The role of political parties

In parliamentary democracies, political parties are central institutions. Ideally, the party's members are intermediaries between the people and the state institutions. A career in a democratic party is dependent on broad internal party support.

Moreover, the parties enable efficient cooperation in the parliament and the formation of the government. For a political party, the nationwide elections are the most relevant. They permit the party members to access state institutions and allow them to implement their political program. A critical characteristic of a democratic party is a regular change of leadership.

An autocratic party operates in quite a different way. Its primary purpose is to centralise political power in the hands of one person, as the original Greek word "autokrator" suggests (αὐτοκράτωρ, "one who rules by himself"). The members of the party serve the head of a party by spreading his/her political influence among other members of the party and the people. Moreover, the political career of the party members depends solely on the party leader's support.

In summary, a democratic party acts to unite the political will of the masses, whereas an autocratic one is used to put one person's will upon the masses. To an autocratic party, the principle of checks and balances is just an obstacle. Finally, an autocratic party uses democratic elections as a weapon against the democracy itself.

What makes a party an autocratic organisation?

The main problem is to distinguish between autocratic and democratic parties. The internal rules of a political party can serve as a starting point to examine the scope of the democratic nature of a party. A party is democratic if all major decisions are the subject of a general and free vote, e.g. in a representative internal democracy by delegates. It is entirely autocratic when the autocrat holds all the powers and cannot be removed. However, the lines between these extremes are blurred.

Additionally, the theory of social capital in its individual form offers a further aspect to differentiate between an autocratic and democratic political party. The party structure is rather autocratic if the formal powers are sufficient for the autocrat to get enough social capital to establish his/her sole rule and keep it permanently stable. The social capital consists of social networks, information, respect, trust, and informal obligations.

The nature of PiS-party-structure

Given Polish contemporary political development and the erosion of democratic institutions under the rule of PiS (Law and Justice) from 2015 to 2023, one may ask whether there is any evidence that PiS qualifies as an autocratic party. The analysis here focuses on the Statute of the Party (of July 3, 2021) in the version as it has substantially existed since 2009.

Under Article 15(1) of the Statute, the Main Executive Office is the head of the party (Prezes PiS), currently Mr. Kaczynski. The fact that the Main Executive Office is not organised as a collegial body, but instead comprised in one person, is already an indication of the party's autocratic structure. It is normal that a party has a Head of the Party for representative purposes, but this office should

not replace the main executive body; This is because a collegial body can unite several internal party factions.

The crucial role of the head of the party is stated in Article 15(2)(9) of the Statute – he/she alone proposes the candidates for the national and European elections, including the presidential candidate. These proposals must be accepted by the Political Committee of PiS (Komitet Polityczny), consisting of only 40 members (18.04.2024). The relatively small number of Political Committee members allows the head of the party to control the votes in exchange for the party offices and high candidate lists positions of the Committee members. Accordingly, the head of the party effectively controls the political decisions of the Committee members, thereby influencing and controlling the individual behaviours of all party members who act in hope of becoming/remaining an electoral candidate. Head of the party is also leading the meetings of the Political Council (Article 16(5)) and the Political Committee (Article 15(2)(3)(c)). That additionally strengthens his/her influence on decision-making.

Additionally, according to Article 17(2) of the Statute, only the head of the party has the right to propose, e.g. the Vice-heads of the Party, the General Secretary, the Council Secretary, and the members of the Political Committee. These bodies are elected by the Political Council, consisting mostly of the members of the parliament (see Article 16(2)(4) of the Statutes), who are themselves dependent upon a nomination for the next election. Moreover, the head of the party has the right to propose the heads of Small Regional Units (Prezes Zarządu Okręgowego, see Article 26(5)(a) of the Statutes). In other words, every important party functionary is in the head of the party's debt and needs his/her future support to remain in office.

Furthermore, the head of the party may suspend any member of the party if there is reasonable suspicion of an act harming the party or risk of damage to its reputation (Article 7(2) of the Statute). There is no institutional guarantee of a non-arbitrary use of this power, so every member may be afraid to be a victim of the suspension.

The only act that can weaken the influence of the head of the party is his/her election by the Congress. Still, the term of the office lasts four years (Article 11(2)(1)), meaning his/her position is not frequently challenged.

On paper, everyone in PiS is elected democratically. Yet, in reality, almost every important decision depends on the head of the party's proposal and cannot be executed without it. The bodies are elected one by another, so the layers of dependence flow like a cascade from one party body to another. Due to the high complexity of the interconnectedness of the bodies, the party structure seems like a spider's web with the Prezes of PiS in the centre. Its powers are sufficient to ensure a constant inflow of social capital so that resistance is futile. Theoretically, the support of democracy may be an official purpose of PiS under Article 4(3), but the organisational frame suggests a different aim: The party fully serves Kaczynski, and it provides him with institutional protection while he is dominating the party. PiS does not even try to hide its autocratic nature, as party members like to resort to the autocratic vocabulary of the interwar period by referring to Kaczynski as naczelnik (chief). In other words, PiS is an autocratic organisation (see another account here).

The democratic character of the parties from the perspective of the Polish Constitution

The role of political parties in democracy has been fully recognised by the Polish Constitution of 1997. According to Article 11(1) cl. 2, "political parties bring together Polish citizens on a voluntary and equal basis in order to influence state policy-making by democratic means." Does PiS realise these criteria?

The principle of voluntariness is fulfilled: The Statute of PiS does not prevent anyone from leaving the party or becoming a member. The problem of equality is controversial since it can be interpreted both formally and substantively. Formally, everyone in the party is equal. Substantively, anyone can be suspended at will, depending on the head of the party, if they want to make a career in the party. Moreover, the condition of acting by democratic means under the Polish Constitution seemingly refers to a party's external rather than internal activity. Hence, one cannot conclusively argue that the Statute of PiS contradicts the Polish Constitution, given the lack of clear constitutional rules as to parties' internal organisational structure.

Article 8 of Party Law demands a democratic structure of political parties. Nevertheless, the Party Law does not provide any sanction for non-compliance. Under Article 14 and Article 21 of the Party Law, the parties can be de-registered only if they violate the Constitution.

Therefore, the existence of Polish democracy solely depends on the condition that no autocratic party receives a parliamentary majority. Additionally, the Polish legal system confers considerable powers to the President.

While a President may enable autocratic party to rule, as has happened with the President Mr. Duda, who actively supported PiS, a President can also prevent an autocratic party from challenging democracy and thus help sustain the constitutional order (for example, the President's power to initiate a judicial review of the new laws by the Constitutional Court under Article 122 (3) of the Constitution).

Comparative perspective - German law

The lack of explicit constitutional requirements for intra-party democracy is surprising in light of Poland's authoritarian past before 1989. From the comparative perspective of the Polish neighbouring country Germany, Article 21(1) cl. 3 of the German Constitution demands that the internal organisation of the party must be based on democratic principles. This is further concretised by § 11(1) of the Political Parties Act, which requires the main executive office (Vorstand) to consist of at least three persons and to be elected at least every second calendar year "to prevent the emergence of purely dictatorial parties"; the party may appoint a Head of the Party (Vorsitzende(r), see § 9(4)) but the Head of the Party is not allowed to acquire the powers of the Main Executive Office. The monopolisation of the proposal right, like in PiS, is legally forbidden (§ 15(3)), so that the democratic process is not undermined. Both of these rules date back to 1959. The nominations of the candidates for German parliament are decided by a secret ballot (§ 21 (3) cl. 1 of the Federal Election Act); thus, no party member needs to be afraid of any kind of repercussion.

In summary, the German legal system recognises the dangers of autocratic structures within political parties and provides for precautionary measures to protect democracy.

Does Poland need a reform of political parties?

In my opinion, the only way to guarantee the stability of Polish democracy is to put strict legal requirements upon the organisation of political parties. The parties should be organised in a democratic way, and the legal system should provide public and private remedies to enforce these rules. In other words, Poland needs to reform the political parties' internal organisation.

Following the example from Germany, the reform should eliminate the exclusive right to candidate proposals by the executive office. Moreover, it should provide a secret ballot for political offices and electoral nominations. Finally, the main executive body should not be concentrated in one person elected for an extended period. The democratisation of these structural aspects would diminish the power of one person to reward and punish the party members. While this proposal alone surely cannot prevent democratic backsliding, it could add an additional layer to strengthen Polish democracy in the future.

Léonie de Jonge

Rechtsaußen in Europa

Gespalten und doch widerstandsfähig

doi: 10.59704/50363b0067b7e93c

Die Alternative für Deutschland (AfD) ist nicht die einzige Rechtsaußen-Partei, die vor einem möglichen Wahlerfolg steht. In vielen europäischen Ländern erleben Parteien die sich vehement gegen Einwanderung, die vermeintliche „Elite“ und die Europäische Union (EU) wenden einen Popularitätsschub. Meinungsumfragen deuten darauf hin, dass sie bei den kommenden Europawahlen im Juni 2024 bis zu einem Viertel der Sitze gewinnen könnten. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass es trotz ihrer augenscheinlichen Kameradschaft und gemeinsamen Ideologie bemerkenswerte Unterschiede zwischen diesen Kräften in den 27 EU-Mitgliedstaaten gibt. Vor allem der russische Angriff auf die Ukraine hat die Spannungen innerhalb der besagten Parteienfamilie verschärft.

Radikale und extreme Rechte

Im Allgemeinen verwenden Politikwissenschaftler:innen den Begriff „rechtsaußen“ als Überbegriff, um die zunehmenden Verbindungen zwischen „(populistischen) rechtsradikalen“ (illiberal-demokratischen) und „rechtsextremen“ (antidemokratischen) politischen Akteuren zu erfassen. Während sich die radikale Rechte generell an die Grundregeln der Demokratie hält, stehen einige ihrer Ideen im Widerspruch zu den Grundprinzipien der liberalen Demokratie, wie etwa dem Schutz von Minderheitenrechten und dem politischen Pluralismus. Rechtsextreme Gruppen lehnen das Wesen der Demokratie ab – sei es mit oder ohne Gewalt.

Während die radikale und die extreme Rechte theoretisch voneinander zu unterscheiden sind, verschwimmt der Unterschied in der Praxis zunehmend. Einige Parteien sind aufgrund ihrer Wandelbarkeit schwer fassbar. Darüber hinaus haben einige rechtsaußenorientierte Parteien einen janusköpfigen Charakter und vermitteln in ihren Wahlprogrammen und in der Öffentlichkeit ein anderes Bild als gegenüber ihren eigenen Anhängern.

Die semantische Trennung zwischen der radikalen und der extremen Rechten suggeriert, dass es wesentliche Unterschiede zwischen diesen beiden Strömungen gibt, und dass eine direkte Bedrohung für die Demokratie nur von der extremen Rechten ausgehen würde. Dies kann ungewollt zum Mainstreaming der äußeren Rechten beitragen.

Politikwissenschaftler wie Andrea Pirro plädieren daher für die systematische Verwendung des Begriffs „rechtsaußen“ (engl.: far right) und betonen, dass sich auch die stärker institutionalisierten rechtsradikalen Parteien auf eine breite “Produktionsstruktur” stützen – der so genannte Backstage. Sie tun dies zum Beispiel, indem sie aktive Verbindungen zu rechtsextremen sozialen Bewegungen und Netzwerken unterhalten, die eine direkte Bedrohung für den demokratischen Status quo darstellen. Durch die Verwendung des Begriffs „rechtsaußen“ schulen wir unseren Blick, um über die „institutionelle Bühne“ hinauszuschauen und frühe Anzeichen einer demokratischen Erosion zu erkennen.

Rechtsaußen in der Europäischen Union

In Zusammenarbeit mit der belgischen Nachrichtenwebsite Apache und mit Hilfe von 31 Expertinnen haben wir einen umfassenden Überblick über den aktuellen Stand der rechtsradikalen und -extremen Parteien und Bewegungen in allen 27 EU-Mitgliedstaaten erstellt. Dabei haben wir die Expertinnen gebeten, nicht nur die wichtigsten Parteien aufzulisten, sondern auch soziale Bewegungen und andere außerparlamentarische Akteure zu identifizieren.

Die Erkenntnisse der Expertinnen zeigen eine sehr heterogene Landschaft am rechten Rand des politischen Spektrums – eine Beobachtung, die durch frühere Analysen von Cas Mudde bestätigt wird.

Zunächst einmal sind Rechtsaußen-Parteien und Bewegungen zwar in fast allen EU-Mitgliedstaaten aktiv, das Ausmaß ihres Einflusses ist jedoch sehr unterschiedlich. In Italien und Ungarn stellen rechtsaußenorientierte Parteien beispielsweise den Ministerpräsidenten, während in Finnland, der Slowakei und Schweden jene Partei-

en derzeit an Regierungskonstellationen beteiligt. In den Niederlanden ging die Partei für die Freiheit (PVV) von Geert Wilders aus den Parlamentswahlen im November 2023 als stärkste Kraft hervor. Im Gegensatz dazu sind Rechtsaußen-Parteien in Kroatien und Zypern elektoral nur marginal vertreten, während in Litauen, Irland und Malta ähnliche Bewegungen weder im nationalen noch im Europäischen Parlament vertreten sind.

Thematisch finden Rechtsaußen-Parteien und Bewegungen Gemeinsamkeiten in ihrer Ablehnung der Migration und der Europäischen Union, wobei einwanderungsfeindliche Ansichten den wichtigsten gemeinsamen Nenner bilden. Ein bemerkenswerter Trend in diesem Politikbereich ist die Radikalisierung der etablierten Parteien. So führte die dänische Regierung eine harte Anti-Einwanderungspolitik ein, die von den Sozialdemokraten unterstützt wurde.

In vielen Ländern versuchen vor allem Mitte-Rechts-Parteien, dem Aufstieg der radikalen und extremen Rechten entgegenzuwirken, indem sie deren Positionen unterstützen oder sogar kopieren. Die Radikalisierung der etablierten Parteien macht die Grenzen zwischen der rechten Mitte und Rechtsaußen zunehmend durchlässig.

Zusätzlich zu ihren einwanderungsfeindlichen Standpunkten nehmen diese Parteien und Bewegungen in fast allen EU-Mitgliedstaaten zunehmend „anti-gender" Positionen ein, ein Trend, der auch durch akademische Forschung belegt wird. Von Schweden bis Griechenland und von Irland bis Bulgarien wendet sich Rechtsaußen aktiv gegen die Gleichstellung der Geschlechter, die Rechte der Frauen sowie die Rechte von Transmenschen und Homosexuellen.

Seltsame Bettgenossen

Trotz ideologischer Gemeinsamkeiten gibt es auch andere auffällige Unterschiede zwischen den Rechtsaußen-Parteien in Europa, die eine enge Zusammenarbeit zwischen ihnen erschweren. Angesichts ihrer nativistischen Agenda ist es nicht sehr überraschend, dass jene Parteien und Bewegungen Schwierigkeiten haben, internationale Allianzen zu bilden. Trotz zahlreicher Initiativen ist es den Rechtsaußen-Parteien bisher nicht gelungen, eine stabile und kohärente Fraktion im Europäischen Parlament zu bilden.

Im Vorfeld der Europawahlen 2014 lehnte Nigel Farage, der damalige Vorsitzende der United Kingdom Independence Party (UKIP), ein Angebot von Marine Le Pen vom französischen Front National (jetzt Rassemblement National oder RN) zur Bildung eines Bündnisses im Europäischen Parlament ab und warf Letzteren anhaltende Vorurteile und Antisemitismus vor. Le Pen distanzierte sich vor Kurzem, nach monatelangen Auseinandersetzungen von der AfD, die ihrer Meinung nach zu radikal geworden ist.

Nichtsdestotrotz scheint allgemein die Abneigung dagegen, mit anderen Rechtsaußen-Parteien in Verbindung gesetzt zu werden, in den letzten Jahren abgenommen zu haben. Dies mag auf die Wahlerfolge dieser Parteien zurückzuführen sein, die dazu beigetragen haben, dass sie ihr "Stigma des Extremismus" verloren haben.

Gegenwärtig sind die Rechtsaußen-Parteien im Europäischen Parlament in zwei Hauptgruppen aufgeteilt, die zusammen 127 Sitze besetzen. Auf der einen Seite gibt es die Fraktion Identität & Demokratie (ID), zu der beispielsweise Matteo Salvinis' italienische Lega, der französische RN, die deutsche AfD und die niederländische PVV gehören (die übrigens derzeit keinen Sitz im Europäischen Parlament hat). Auf der anderen Seite gibt es die Fraktion der Europäischen Konservativen und Reformisten (ECR), die sich unter anderem aus den Fratelli d'Italia von Giorgia Meloni, der polnischen PiS und der spanischen Vox zusammensetzt.

Russland als Streitpunkt

Der wichtigste Streitpunkt innerhalb der äußeren Rechten scheint derzeit die Positionierung gegenüber Russland zu sein. Diese Spannung wurde im April 2023 deutlich, als Abgeordnete der finnischen Partei *Perussuomalaiset* (Wahre Finnen) im Europäischen Parlament von der ID zur ECR wechselten, weil letztere stärker für die NATO und gegen Putin ist.

Die Spaltung von Rechtsaußen in Bezug auf Russland geht über das Europäische Parlament hinaus. Auch in einigen Mitgliedsstaaten sind in diesem Bezug Uneinigkeit innerhalb der Parteifamilie festzustellen. In Bulgarien beispielsweise hat sich die älteste und wichtigste Rechtsaußen-Partei Ataka (Angriff) traditionell mit Russland verbündet, während die VMRO (Bulgarische Nationale Bewegung) eher pro-amerikanisch eingestellt ist. In den Niederlanden sieht die PVV Russland als Aggressor, zögert aber, Kiew materiell und finanziell zu unterstützen, während die FvD die NATO-Mitgliedschaft in Frage stellt und die Aufhebung der russischen Sanktionen fordert.

Original statt Kopie

In den letzten Jahren wurden Ansichten und Positionen von Rechtsaußen in den EU-Mitgliedstaaten zunehmend normalisiert. Sowohl die Medien als auch die etablierten politischen Parteien spielen eine Schlüsselrolle in diesem Normalisierungsprozess. Gemeinsam fungieren sie als Türsteher, die den Zutritt zur politischen Arena kontrollieren.

Für Mitte-Rechts-Parteien scheint es besonders verlockend zu sein, zu versuchen, „besorgte Bürger" zurückzugewinnen, indem sie Ansichten von Rechtsaußen übernehmen. Untersuchungen zeigen jedoch immer wieder, dass die Übernahme solcher Ansichten durch die etablierten Parteien in der Regel der äußeren Rechten in die Hände spielt.

Dennoch scheint diese Nachahmungsstrategie von der Mitte-Rechts-Partei Europäische Volkspartei (EVP) übernommen worden zu sein. Die EVP, die sich überwiegend aus christdemokratischen und konservativen Parteien zusammensetzt, ist derzeit die größte Fraktion im Europäischen Parlament. Auf ihrem Kongress im März dieses Jahres präsentierte die von der EU-Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen geführte Partei ihre Pläne, Asylbewerber in „sichere Drittstaaten" abzuschieben – ein Vorschlag, der an den umstrittenen Ruanda-Deal des Vereinigten Königreichs erinnert. Die Wirksamkeit dieser Nachahmungsstrategie bleibt abzuwarten – auch wenn es höchst zweifelhaft ist, dass dies der Rechtsaußen-Parteien den Wind aus den Segeln nehmen wird.

Viel auf dem Spiel

Zwischen dem 6. und 9. Juni werden Millionen von Europäer:innen die Möglichkeit haben, ihre Stimme abzugeben, um ein neues Europäisches Parlament zu wählen – ein entscheidender Moment für die Gestaltung der europäischen politischen Landschaft. Die Europawahlen werden oft als „zweitrangig" angesehen, geplagt von einer niedrigen Wahlbeteiligung – aber es steht viel auf dem Spiel. Der Ausgang dieser Wahlen könnte ein Wendepunkt mit weitreichenden Folgen sein.

Dieses Projekt wurde in Zusammenarbeit mit apache.be realisiert. Eine ausführlichere Version dieser Analyse wurde in der Maiausgabe der luxemburgischen Zeitschrift "Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur" veröffentlicht. Wir möchten uns an dieser Stelle bei Mathilda Åkerlund, Valentina Ausserladscheider, Miranda Christou, Sarah Anne Dunne, Belén Fernández-García, Danica Fink Hafner, Caterina Froio, Rosita Garškaitė-Antonowicz, Gabriela Greilinger, Petra Guasti, Daphne Halikiopoulou, Anna-Sophie Heinze, Jennifer Orlando-Salling, Laura Jacobs, Mari-Liis Jakobson, Mariana Mendes, Anita Nissen, Pauliina Patana, Nina Paulovicova, Maria Pisani, Julia Rone, Iris Beau Segers, Věra Stojarová, Sorina Soare, Jogilė Ulinskaitė, Sabine Volk, Lisa Zanotti und den Expertinnen, die anonym bleiben wollten, herzlich bedanken. Wir haben nicht zufällig ausschließlich Expertinnen konsultiert. Ein möglicher Rechtsruck im Europäischen Parlament stellt ein besorgniserregendes Szenario für Frauenrechte dar. Zusätzlich sind Frauen – ebenso wie andere unterrepräsentierte Wissenschaftler:innen, wie LGBTQIA+Personen und People of Colour , die sich mit diesem Thema befassen, zunehmend Hass und Anfeindungen ausgesetzt. Dieses Projekt dient nicht nur als Anerkennung für weibliche Expertinnen, sondern auch als gemeinsamer Widerstand gegen die Hasskampagnen der radikalen- und extremen Rechten.

Eva Isabell Martin

Unionsfeindlichkeit und Obstruktion

Wie effektiv schützt sich das Europäische Parlament vor Angriffen von innen?

doi: 10.59704/9baa69aa7a1714e1

Am 9. Juni ist Europawahl. Rechtspopulistische und potenziell unionsfeindliche Parteien sind derweil europaweit im Aufwind und stellen die Europäische Union und ihr Parlament – das Herz der Europäischen Demokratie – vor erhebliche Herausforderungen. Mit dem zu erwartenden, starken Ergebnis der potenziell unionsfeindlichen Parteien bei der Europawahl wächst vor allem auch das Risiko für Angriffe aus dem Inneren des Europäischen Parlaments selbst. Ein Blick in die aktuelle Geschäftsordnung des EU-Parlaments (GOEP) zeigt bereits heute ein EU-Parlament, das sich im Bewusstsein dieser Obstruktionsgefahren selbst organisiert hat. Ob die dort ergriffenen Mittel genügen oder die GOEP doch noch Einfallstore für die Obstruktion durch unionsfeindliche Kräfte aufweist, soll dieser Beitrag beleuchten.

Unionsfeindlichkeit im Europäischen Parlament

In der von Krisen geprägten politischen Landschaft der EU greift die Unionsfeindlichkeit spürbar Raum. Der zunächst als Spitzenkandidat angetretene EU-Abgeordnete der AfD Maximilian Krah wirbt für ein „Europa der Vaterländer“. Björn Höcke fordert: „Diese EU muss sterben, damit das wahre Europa leben kann.“ Der Spitzenkandidat des Rassemblement National zur Europawahl Jordan Bardella will die elitären „Technokraten“, die seiner Meinung nach EU-Parlament und Europäische Kommission besetzen, entmachten. Und die ungarische Regierung sorgt (wieder einmal) für Empörung mit ihren Anti-EU-Wahlkampfplakaten.

Auch wenn diese und andere unionsfeindliche Stimmen im Europawahlkampf 2024 nicht mehr offen von „Dexit“, „Frexit“ und Co. sprechen, bleibt ihr Ziel doch (unausgesprochen) ein Rückbau der EU – von ihrer Kompetenzentleerung bis zur tatsächlichen und rechtlichen Auflösung. Natürlich ist es schon integrationstheoretisch absolut legitim einen Rückbau der EU zu fordern und zu fördern. Die EU-Verträge sprechen zwar vom Ziel der *ever closer union*, aber Art. 48 EUV stellt eindeutig klar, dass in einem geordneten Änderungsverfahren auch Kompetenzen von der EU an die Mitgliedstaaten zurückgegeben werden können. Selbst eine einvernehmliche Auflösung der EU ist völkerrechtlich möglich. Eine gewisse EU-(Integrations-)Skepsis ist damit eine (unionsrechtlich) legitime Position, die selbstverständlich auch durch Abgeordnete im EU-Parlament repräsentiert werden darf. Problematisch wird es, wenn diese EU-Skepsis nicht mehr nur zu einer destruktiven – aber legitimen – politischen Strategie von EU-Abgeordneten führt, sondern in eine Unionsfeindlichkeit umschlägt, die sich die Zerstörung der EU und ihrer Organe von innen heraus mithilfe missbräuchlicher parlamentarischer Obstruktion zum Ziel setzt. Die Grenze zwischen einer lediglich destruktiven politischen Strategie in der parlamentarischen Arbeit und missbräuchlicher parlamentarischer Obstruktion (zum Begriff Lerch/Zillessen) wird dabei – nach dem diesem Beitrag zugrundeliegenden Verständnis – immer dann überschritten, wenn Akteure nicht nur im Sinne einer verfahrensrechtlich angelegten, legitimen politischen Blockade, sondern zur bewussten Beschädigung der Funktionsfähigkeit unionsrechtlich vorgesehener Mechanismen oder Organe handeln.

Die Machtverhältnisse nach der Europawahl

Wie groß die Gefahr der missbräuchlichen Obstruktion für das EU-Parlament tatsächlich ist, hängt wiederum maßgeblich davon ab, in welcher Stärke unionsfeindliche Abgeordnete mit Obstruktionsinteresse dort vertreten sind. Im heutigen EU-Parlament aus 705 Abgeordneten sind Mitglieder von zwei der sieben Fraktionen – der ID (Identity and Democracy) mit 49 Sitzen und der ECR (European Conservatives and Reformists) mit 69 Sitzen – sowie der aktuell fraktionslosen Parteien AfD und Fidesz mit neun und zwölf Sitzen dem potenziell unionsfeindlichen Spektrum zuzurechnen. Gegenwärtig machen die potenziell unionsfeindlichen Abgeordneten mit insgesamt 139 Sitzen also bereits fast 20 % des EU-Parlaments aus. Die aktuellen Hochrechnungen zur Europawahl sagen ihnen einen Zuwachs auf 178 Sitze (bei 720

EU-Abgeordneten insgesamt) voraus. Im Januar wurden sogar 197 Sitze prognostiziert. Im Worst-Case-Szenario könnten unionsfeindliche Abgeordnete damit nach der Europawahl fast 30 % des EU-Parlaments stellen.

Ein derartiger Zuwachs an Parlamentsanteilen vereinfacht es unionsfeindlichen Kräften an verschiedensten Stellen Einfluss auf die Arbeit des EU-Parlaments zu nehmen, insbesondere weil es sich um ein Parlament der „anlassbezogenen", wechselnden Mehrheiten handelt. Je größer dort der Anteil der Abgeordneten ist, die kein Interesse an effektiver Parlamentsarbeit haben, desto schwieriger wird es, solche Mehrheiten zu finden. Eine entscheidende Rolle bei der künftigen Mehrheitsfindung wird daher die Positionierung der demokratisch-konservativen EPP (European People's Party) als voraussichtlich größte Fraktion im EU-Parlament (aktuell: 176 Sitze; Prognose: 184) spielen. Eine Allianz mit der ID schließt die EPP zwar aktuell aus, da sie sich an den *cordon sanitaire* gebunden fühlt, eine Zusammenarbeit mit der ECR lehnt sie hingegen nicht kategorisch ab. Selbst die amtierende EU-Kommissionspräsidentin und Spitzenkandidatin der EPP Ursula von der Leyen zeigt sich – auch unter Beteiligung der „postfaschistischen" Fratelli d'Italia – offen für eine Kooperation mit der ECR.

Unter diesen Vorzeichen wird es schwieriger werden, bei Abstimmungen im EU-Parlament die regelmäßig erforderliche Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu erreichen. Noch schwieriger wird die parlamentarische Mehrheitsfindung in Fällen, in denen abweichend strengere Mehrheitserfordernisse gelten – insbesondere bei der sogenannten doppelt qualifizierten Mehrheit (Mehrheit der Parlamentsmitglieder + Zweidrittel-Mehrheit der Abstimmenden) für die Zustimmung zum Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV (i.V.m. Art. 354 IV AEUV) sowie für Misstrauensvoten gegen die Kommission gem. Art. 234 AEUV. Die sich daraus ergebende „gleitende" Sperrminorität der doppelt qualifizierten Mehrheit liegt bei der geringstmöglichen Anzahl von abgegebenen Stimmen nur knapp über 25 %, sodass eine Blockade weiterer Sanktionsverfahren, wie etwa jenes gegen Ungarn, durch unionsfeindliche Abgeordnete durchaus realistisch erscheint, wenn sich nicht ausreichend Abgeordnete dagegenstellen.

Zahlreiche parlamentarische Obstruktionsmöglichkeiten

Daneben stehen den (unionsfeindlichen) Abgeordneten bereits heute Mittel zur Obstruktion effektiver Arbeitsabläufe im EU-Parlament zur Verfügung, deren (Aus-)Nutzung „politisch attraktiver" wird – ist doch ein politischer Kulturwandel hin zu mehr parlamentarischer Provokation und Publicity Stunts zu erwarten.[1]

Typische Mittel parlamentarischer Obstruktion sind das Bezweifeln der Beschlussfähigkeit, der Missbrauch von Antragsrechten und das Ausnutzen des parlamentarischen Rederechts durch Dauerreden (Filibuster). Da die Redezeiten im EU-Parlament jedoch sehr kurz gehalten sind und bei ihrem Überschreiten konsequent eingegriffen wird, ist letzteres zumindest aktuell kein echtes Problem im EU-Parlament. Aber um beispielsweise dessen Beschlussfähigkeit zu bezweifeln und damit die parlamentarischen Abläufe relevant zu verzögern (in Deutschland beliebtes Obstruktionsmittel der AfD), bedarf es nach der GOEP lediglich eines Antrags von 38 Abgeordneten. Ebenfalls missbrauchsanfällig ist das Recht, ein Misstrauensvotum gegen die Kommission zu beantragen, welches – wenn auch in der Regel ohne Erfolgsaussichten – durch eine Wartefrist von drei Tagen zwischen Antrag und Abstimmung besonders viel Verzögerungspotenzial aufweist. Für einen solchen Misstrauensantrag genügt ein Zehntel der Parlamentsmitglieder – zukünftig 72 Abgeordnete. Das notwendige Quorum für die Bezweiflung der Beschlussfähigkeit werden die beiden unionsfeindlichen Fraktionen nach der Europawahl problemlos jeweils allein erreichen können. Ob gleiches auch für den Misstrauensantrag gilt, hängt vor allem bei der ID davon ab, wie sich ihr Verhältnis zur AfD entwickelt. Ferner räumt die GOEP i.V.m. dem EU-Abgeordnetenstatut allen Abgeordneten das Recht ein, Vorschläge für Unionsrechtsakte im Rahmen des Art. 225 AEUV ins Parlament einzubringen. Jede:r einzelne Abgeordnete hat also das „Recht, ein längeres Verfahren anzustoßen" (Grabitz/Hilf/Nettesheim/Hölscheidt AEUV Art. 225 Rn. 9), was bewusst zur Obstruktion im Wortsinne – der *Verstopfung* des EU-Parlaments durch eine Vielzahl von Gesetzesvorschlägen – eingesetzt werden könnte. Ähnliches Potenzial hat das Einreichen einer Fülle von Änderungsanträgen zu Vorhaben des Parlaments in Aus-

[1] Zum EU-Parlament Brack/Behm, Palgrave Studies in European Union Politics [2022], 147 [166]; zur parallelen Entwicklung in deutschen Parlamenten Cancik, Der Staat 59 [2020], 7 [8].

schüssen und Plenum. Diese *Spam*-Wirkung kann durch die Vielsprachigkeit des EU-Parlaments und die Bedingung, dass über Änderungsanträge in der Regel nur abgestimmt werden darf, wenn sie in *allen* 24 Amtssprachen vorliegen (Art. 180 VI GOEP), noch weiter verstärkt werden.

Begrenzte parlamentsinterne Antworten auf Obstruktion

Welche Antworten hat nun das EU-Parlament auf die nach der Europawahl vermutlich gesteigerte Bedrohung seiner Funktionsfähigkeit durch missbräuchliche Obstruktion? Eine gänzliche Abschaffung der oben dargestellten, potenziell obstruktionsanfälligen Rechte aus Angst vor deren Missbrauch kann jedenfalls keine Lösung sein, dienen diese Rechte – redlich genutzt – doch vor allem dem Minderheitenschutz und sind damit essenziell für einen demokratisch gestalteten unionalen Parlamentarismus. Ebenfalls verfehlt wäre es, auf eine rein politische Bekämpfung drohender Obstruktion durch die Mehrheit im EU-Parlament (unabhängig davon wie realistisch eine solche Zusammenarbeit wäre) zu setzen – viel zu hoch wäre dabei das Risiko, dass sie selbst die Schwelle zum Missbrauch ihrer Macht überschreitet (dazu Schönberger mit dem Verweis auf den 2019 nach Bezweiflung der Beschlussfähigkeit des deutschen Bundestages durch die AfD nicht durchgeführten Hammelsprung; a.A. Koß). Es bedarf daher rechtlich abgesicherter Handlungsoptionen gegen Obstruktion. Der richtige Ort für derartige Regelungen ist (angesichts der gegenwärtigen Aussichtslosigkeit etwaiger Änderungen des Primärrechts) vor allem die GOEP, denn dort regelt das EU-Parlament in Selbstorganisation, wie konstruktive parlamentarische Zusammenarbeit in Brüssel und Straßburg funktioniert.

Die aktuell geltende GOEP sieht unter anderem bereits heute präventive Regelungen vor, um dem Missbrauch der oben als potenziell obstruktionsanfällig identifizierten (Minderheiten-)Rechte vorzubeugen. Beim Bezweifeln der Beschlussfähigkeit erschwert die GOEP etwa – anders als im Deutschen Bundestag (vgl. Jung, JöR 71 [2023], 21 [44]) – den „Exodus“, d.h. das künstliche Herbeiführen einer Beschlussunfähigkeit durch absichtliches Fernbleiben der antragstellenden Abgeordneten von der Ermittlung der Anwesenheit, indem diese unabhängig von ihrer tatsächlichen Anwesenheit bei der Ermittlung rechnerisch zwingend berücksichtigt werden müssen. Allerdings können alle anderen zum Zeitpunkt der Antragstellung im Plenarsaal anwesenden Abgeordneten – insbesondere Abgeordnete, die möglicherweise mit den Antragstellenden zusammenarbeiten – der Ermittlung der Anwesenheit trotzdem fernbleiben und so im Ergebnis doch eine künstliche Beschlussunfähigkeit herbeiführen. Dem könnte prophylaktisch mit der Einführung einer Teilnahmepflicht dieser Personen an der Ermittlung der Anwesenheit begegnet werden. Für den Misstrauensantrag gilt wiederum: Wird bereits innerhalb von zwei Monaten nach einem erfolglosen Misstrauensantrag gegen die Kommission ein neuer gestellt, muss dieser mit den Stimmen von mindestens einem Fünftel statt nur einem Zehntel der Abgeordneten ein deutlich höheres Quorum erfüllen – wobei die unionsfeindlichen Abgeordneten gemeinsam in Zukunft voraussichtlich auch dieses Quorum erreichen können. Das *Spamming* des Plenums durch Änderungsanträge kann der:die Parlamentspräsident:in verhindern, indem er:sie bei mehr als 50 (Änderungs-)Anträgen aus einem Ausschuss an diesen zurückverweist (Filterfunktion Art. 184 GOEP).

Das Besondere an der GOEP – im Gegensatz etwa zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages – ist aber, dass sie das Risiko parlamentarischer Obstruktion nicht nur erkennt und – wie oben dargestellt – implizit bekämpft, sondern in Art. 174 GOEP sogar explizit benennt. So ist der:die Parlamentspräsident:in nach Art. 174 GOEP allgemein befugt, den übermäßigen Gebrauch von Anträgen zu unterbinden, wenn er:sie davon überzeugt ist, dass sie einer anhaltenden und erheblichen Obstruktion des EU-Parlaments dienen. Darüber hinaus trifft die geltende GOEP weitere Regelungen, die obstruierendes bzw. störendes Verhalten erschweren (sollen). Diese erschöpfen sich jedoch weitestgehend in vorübergehenden Ordnungs- und Sanktionsmaßnahmen (Art. 175, 176 GOEP) gegen einzelne Abgeordnete bei Verstößen gegen die Verhaltensregeln des EU-Parlaments (Art. 10, 11 GOEP). Zu diesen Verhaltensregeln gehört unter anderem ein respektvoller Umgang miteinander unter Achtung der Werte der EU-Verträge. Insbesondere dürfen die Abgeordneten nicht die parlamentarischen Abläufe und die Ordnung im Plenarsaal stören. Konkretisiert werden die Verhaltensregeln durch einen Verhaltenskodex, der von den Abgeordneten zu unterschreiben ist – andernfalls sind sie prophylaktisch von Ämtern im EU-Parlament ausgeschlossen. Auf Verstöße gegen diese Verhaltensregeln reagiert der:die Parlamentspräsident:in in der Regel zunächst mit einem Ordnungsruf. Bei besonders groben oder fortgesetzten Ordnungsverstößen kann der:die Par-

lamentspräsident:in störenden Abgeordneten außerdem das Wort entziehen und sie bis zum Ende der Sitzung des Plenarsaals verweisen. Auch Rügen, eine vorübergehende Suspendierung von den Tätigkeiten des Parlaments – unbeschadet der Ausübung des Stimmrechts – oder die Einleitung eines Verfahrens zur Enthebung aus parlamentarischen Ämtern gehören zu den Reaktionsmöglichkeiten des:der Parlamentspräsident:in auf Fehlverhalten im EU-Parlament.

Effiziente Obstruktionsbekämpfung: eine Gratwanderung

In der Zusammenschau all seiner:ihrer Befugnisse bei der Unterbindung und Sanktionierung von obstruierendem und störendem Verhalten im EU-Parlament zeigt sich, wie herausragend wichtig der:die Parlamentspräsident:in für die Sicherstellung eines funktionsfähigen EU-Parlaments ist. Im Umkehrschluss bedeutet das aber auch, dass die Rolle des:der Parlamentspräsident:in ihr eigenes Obstruktionspotenzial birgt. Schließlich hätte auch ein:e unionsfeindliche:r Parlamentspräsident:in die Kontrolle über die oben dargestellten Ordnungs- und Sanktionsmaßnahmen und könnte sich für deren Nichtanwendung bei Störungen und Obstruktion durch verbündete Abgeordnete oder für die gezielte, missbräuchliche Anwendung gegen eigentlich nicht-störende bzw. nicht-obstruierende Abgeordnete entscheiden. Übernimmt ein:e Vizepräsident:in in Vertretung den Vorsitz bei einer Parlamentssitzung, eröffnen sich ihm:ihr zumindest im Rahmen der akuten Ordnungsmaßnahmen ähnliche Möglichkeiten.

Daraus direkt die Notwendigkeit einer GOEP-Änderung zur Diversifikation der mit Befugnissen zur Obstruktionsbekämpfung ausgestatteten Personen abzuleiten, wäre überhastet, auch weil damit ein Effizienzverlust bei der Obstruktionsbekämpfung einhergehen könnte. Es gilt daher vor allem zu verhindern, dass diese vulnerablen Posten überhaupt erst von unionsfeindlichen Abgeordneten besetzt werden. Die Wahlen des:der Parlamentspräsident:in und der Vizepräsident:innen erfolgen grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 16, 17 GOEP). Sind nach den ersten zwei Wahlgängen jedoch nicht alle Vizepräsident:innen-Posten besetzt, genügt im dritten Wahlgang schon die relative Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Hier zeigt sich die politische Verantwortung der Abgeordneten, denen an einem funktionsfähigen EU-Parlament gelegen ist, nach der Europawahl – wie schon ihre Vorgänger:innen – bei der Besetzung dieser Posten fraktionsübergreifend zu kooperieren und so sicherzustellen, dass kein:e Abgeordnete in eines der Ämter gewählt wird, der:die offensichtlich missbräuchliche Obstruktion betreiben oder zumindest dulden will.

Obstruktionsbekämpfung im EU-Parlament ist – wie in jedem Parlament – eine Gratwanderung. In einigen Bereichen ist die GOEP – vor allem durch Art. 174 – heute schon besser aufgestellt als etwa die des Bundestages. In anderen Bereichen ließe sich über kleinere Änderungen nachdenken – z.B. über eine Stärkung der Anti-„Exodus"-Regelung. Und wieder anderen Bereichen – insbesondere der Position der (Vize-)Parlamentspräsident:innen – ist ein gewisses Obstruktionsrisiko als „Schwachstelle" schlicht aus den Notwendigkeiten eines demokratischen Systems heraus immanent, das sich nie zu allen Seiten hin absichern lassen wird.

Holger P. Hestermeyer, Alexander Horne

The UK Parliament, the UK-Rwanda Agreement and the CPTPP

Why the UK Parliament's Weak Role in Treaty-Making Needs Reform

doi: 10.59704/9d5e38f3f5ce6876

On April 1, 2024, the Ponsonby Rule, the constitutional convention that set the standard for Parliament's role in how the UK makes treaties, turned 100. But the procedure for Parliament's involvement in treaty-making (which really only amounts to treaty scrutiny) is no longer fit for purpose and Parliament is increasingly unhappy with it.

Unlike Congress and the European Parliament, the Westminster Parliament does not have a veto power for treaties, nor can it insist on having a debate on them. The statutory rules for scrutiny limit the available time for scrutiny and suffer from a plethora of other weaknesses. The House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee called for reform in a 2024 report, but the Government has largely rejected the Committee's proposals. However, the issues remain, as illustrated by the UK's ratification of a treaty on asylum with Rwanda on April 25 overriding the will of the House of Lords and the Government's refusal to grant the Commons a substantive debate under the Constitutional Reform and Governance Act 2010 on either the Rwanda treaty, or the UK's accession to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP).

We describe the status quo in a report we produced for the Centre for Inclusive Trade Policy and advance proposals for improving treaty scrutiny allowing for greater transparency and legitimacy. Our main argument is that both the UK-Rwanda and CPTPPP Agreements show, once again, that the UK Parliament's role in treaty-making must be reformed. In particular, the House of Commons must obtain the power to have a formal vote on international agreements before they can become binding on the UK.

The Ponsonby rule and the current statutory regime for treaty scrutiny by the Parliament

The origins of the UK's current system on treaty scrutiny go back to 1 April 1924, when the then Parliamentary Under-Secretary of Foreign Affairs Arthur Ponsonby committed the Government to "lay on the table of both Houses of Parliament every treaty, when signed, for a period of 21 days, after which the treaty will be ratified and published and circulated in the Treaty Series".

In 2010 this rule was codified and progressively developed in Part 2 of the Constitutional Reform and Governance Act 2010 (CRAG). Under the statutory scheme the Government has to lay international agreements subject to ratification before Parliament for 21 sitting days before it can ratify the agreement. Alongside the treaty, it has to provide an explanatory memorandum.

Under section 20 of CRAG, both Houses of Parliament can resolve against ratification of the Treaty, but CRAG does not provide either of them with a veto power. The Commons has a theoretical power to delay ratification (which has never been used in practice). The Lords is denied even this limited capability. Section 21 of CRAG provides the Government with the ability to waive the scrutiny procedure altogether.

While Parliament does not have a vote on treaties, it may have to pass implementing legislation if relevant powers do not exist in domestic legislation. To ensure that the UK is in compliance with a new treaty when it enters into effect, convention demands the necessary implementing legislation to be passed before the ratification of the treaty.

Why does the current procedure fall short?

At its core, the statutory system for treaty scrutiny still harks back to the old Ponsonby rule, conceived 100 years ago. International law has changed substantively sin-

ce then. The number of treaties has multiplied. So have the topics that states consider appropriate for concluding treaties: today, hardly any area of national law is untouched by international obligations ranging from trade to human rights, from the environment to air services. With the enlarged scope of treaties, their very nature has changed as well: modern treaties enter deeply into the substance of regulatory matters. And modern treaties are living instruments. Many of them set up treaty bodies with the power to either develop or interpret the treaty to make sure it can fulfill its functions even as facts on the ground evolve. One may lament this fact – and looking at the news, some commentators certainly do. But reality has passed them by. From the International Maritime Organization to the World Health Organization, from the Codex alimentarius to the International Telecommunication Union numerous documents that affect our lives are drafted in a process of international cooperation.

The changed international landscape challenges the treaty scrutiny system in two ways. First, it urgently raises questions of legitimacy. If treaties affect our lives, they require a vote in Parliament to democratically legitimize them. Many jurisdictions provide for an up-or-down vote in Parliament. The UK does not. The argument that the UK is a dualist system and accordingly it is the implementing laws, not the treaty that affect our lives falls flat in a world of living treaties. Decisions and even interpretations by treaty bodies often require implementing legislation years after the treaty came into effect. But even where that is not the case and the UK already has the necessary legislation in place, treaties make a difference: a treaty can lock in the regulation already in place. If Parliament changes it, the Government will either have to achieve a change in the treaty commitment – or it puts the UK in violation of the treaty.

The second challenge to the existing system is one of complexity. Free trade agreements are emblematic in that effect: they contain rules on topics ranging from tariffs to food standards. There is no way to meaningfully scrutinize a complex modern free trade agreement in 21 sitting days.

Why have we only noticed this now? What has been done about it (and has the issue been resolved)?

The problems with the treaty scrutiny system have only become apparent in the last five years, following Brexit. The reason is a counterintuitive one. When the UK was a member of the EU, the most complex modern international agreements, free trade agreements, were handled by the European Union under its exclusive competences. And for EU acts, the Westminster Parliament had developed a stronger scrutiny mechanism than it has now that the Government is exercising those competences.

But Parliament has not been entirely idle. In 2020, Parliament established a formal treaty scrutiny mechanism in the House of Lords EU Committee. The task was split off from the EU Committee and became the responsibility of the International Agreements Committee (IAC) as a stand-alone select committee in January 2021. Things were more difficult in the Commons, where committees tend to mirror Government departments – and no dedicated scrutiny mechanism has developed. With regard to agricultural aspects of free trade agreements, statute law requires a report by the independent Trade and Agriculture Commission that is laid before parliament along with a response by the Secretary of State.

These steps have not resolved the issue. Treaty scrutiny is still operating under the traditional framework. The Government has made some commitments that would provide for some improvement, but they are not the gamechanger that is needed to bring treaty scrutiny into the 21st century.

What happened regarding the UK-Rwanda Agreement and CPTPPP?

Some of the weaknesses of the system were highlighted recently by the Government's push to ratify the UK-Rwanda Agreement on asylum and the CPTPP. The former agreement was drafted after the Supreme Court had found the Government's policy "that certain people claiming asylum in the United Kingdom should not have their claims considered here, but should instead be sent to Rwanda in order to claim asylum there" unlawful.

Instead of abandoning the policy, the Government doubled down, proposing legislation that declares Rwanda safe; prohibiting courts from considering evidence to the contrary; and negotiating the UK-Rwanda agreement that is meant to create mechanisms and guarantees for appropriate treatment of asylum seekers.

While the bill made its way through the legislative process, on January 22, 2024, the House of Lords resolved against the treaty. It was the first time either House

considered a motion under section 20 of CRAG – and the chair of the IAC, Lord Goldsmith KC, used the opportunity to point out that the scrutiny mechanism was wanting. With regard to the treaty, the Lords correctly pointed out that they were asked to declare Rwanda safe in the Bill while the mechanisms that were meant to ensure that safety in the treaty were not even in place. Accordingly, the Lords passed a motion that the Government should not ratify the treaty "until the protections it provides have been fully implemented, since Parliament is being asked to make a judgement, based on the Agreement, about whether Rwanda is safe". The Government has overridden the vote. The Commons was denied a vote on the ratification of the treaty, despite a request from the cross-party Home Affairs Select Committee. The Rwanda Bill has now been passed by Parliament and the treaty was ratified on April 25.

The problem raised by the CPTPP is of a somewhat different nature. The UK agreed its terms of accession to the CPTPP in July 2023. It is a pre-existing free trade agreement between more than 10 partners in the Indo-Pacific region, including e.g. Australia, Canada and Japan. As a pre-existing agreement much of its content was pre-determined, simplifying scrutiny and enabling Parliament to meaningfully look at the agreement early on in the process.

Parliament showed keen interest: While the economic benefits of the agreement are limited (the UK already has FTAs with all members but Brunei and Malaysia), it is of both strategic and symbolic significance. Accordingly, the IAC scrutinized the Government's negotiating objectives in 2021.

The International Trade Committee of the House of Commons (which was subsequently abolished when the Department for International Trade was axed) published an interim report on accession in April 2023. The Accession Protocol to the CPTPP was finally laid before Parliament on 19 February 2024 and both the IAC and the Commons Business and Trade Committee published reports on the terms of accession in February 2024.

Both Houses requested a debate on CPTPP within the CRAG period, but while such a debate was held in the House of Lords, it was not in the Commons. The Leader of the House pointed out that holding debates on FTAs was subject to parliamentary time and that the implementing legislation would pass Report stage on 19 March 2024 within the CRAG period. It received royal assent as the Trade (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership) Act 2024 on 20 March. But the implementing legislation is substantially different from the agreement itself. On that, no debate was held during the CRAG period, unnecessarily tarnishing the legitimacy of the agreement.

How can the treaty scrutiny procedure be reformed?

What can be done to improve treaty scrutiny and remedy the obvious defects it currently has?

The PACAC Committee's first proposal, with which our own report wholeheartedly agrees, is that CRAG must be changed to ensure that the House of Commons must indicate its explicit consent to international agreements before they can become binding on the UK. This constitutes a paradigm change empowering Parliament and reflecting the core principle of the UK system: parliamentary sovereignty. Three additional changes are required, although in our opinion, these could be easily facilitated if the most significant change were agreed: Namely (i) the establishment of a systematic scrutiny system for treaties in both Houses of Parliament including a sifting mechanism in both Houses to identify treaties requiring thorough parliamentary engagement; (ii) the early involvement of Parliament in treaty-making starting with the negotiation mandate, and (iii) finally broadening the types of documents subject to scrutiny, including e.g. certain Memoranda of Understanding and all treaty amendments.

Kacper Majewski

Unconstitutionality à l'Anglaise

Is the UK having its Marbury v Madison moment?

doi: 10.59704/bd8a3811bd7a8a0f

After long and tortuous proceedings in Parliament, the Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024 finally received Royal Assent on Thursday 25 April. The bill had already grabbed attention before it was officially introduced, and it continued to excite constitutional lawyers at every stage of its enactment. There are so many problems with the Act and they are so fundamental that there has even been speculation that the courts might refuse to apply some of the Act's provisions. This has never happened in the UK, though judges have dropped hints that it might if Parliament ever does the 'unthinkable'. It looks like it just did.

Still, it is difficult to tell if the UK is really having its *Marbury v Madison* moment. It is clear enough that even if the courts are asked to disapply the Act's provisions or strike them down, they are likely to be very slow to take such radical steps. The political context, if anything, encourages caution: the upcoming general election looms large, as does the likely winners' commitment to backing out of the Rwanda affair. But it is just as clear that a judicial intervention is no longer seen as completely impossible. By British standards, this is already an extreme situation.

I will say no more about *whether* the courts will intervene and focus instead on *how* the courts might intervene. Specifically, I will argue that quite apart from the 'hard-line' approach of striking down or disapplying the statute in whole or in part, the courts also have a 'soft-line' option of *declaring its unconstitutionality* without denying its status as binding law. This may sound strange to many readers. In the first part of this post, I will explain how such an intervention would fit into the constitutional tradition of the UK. In the latter part, I will say a few words about what may make it attractive.

Unconstitutional but Legally Valid

In most constitutional systems, the notion that a piece of legislation may be 'unconstitutional' but remain legally valid is paradoxical at best. Not so in the British (or, if you prefer, English) tradition, defined as it is by the Diceyan notion of parliamentary sovereignty. Dicey wrote that 'the expression "unconstitutional" … as applied to an English Act of Parliament' simply 'cannot mean that the Act is either a breach of law or is void'. Instead, he insisted, it merely indicates that 'in the opinion of the speaker', the legislation is 'opposed to the spirit of the English constitution'. In short, it is a political epithet. It is not a legal term to be adjudicated on by a court of law.

This view seems fairly established as far as British courts go. In *Madzimbamuto v Lardner-Burke* (itself a Privy Council case from Southern Rhodesia), Lord Reid famously commented:

> It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them the courts could not hold the Act of Parliament invalid.

More recently, in the first *Miller* case, the UK Supreme Court reaffirmed that it is not the role of the courts to articulate any limits on Parliament's legislative powers as might be grounded in political conventions, even when breaching the conventions in question would attract the label of unconstitutionality. In so doing, it refused to follow in the footsteps of the Canadian Supreme Court, which—in the 1981 *Patriation Reference*—made the unprecedented step of determining certain actions of the Canadian federal government as lawful, but at the same time 'unconstitutional in the conventional sense'.

My argument is that UK courts should be able to make a broadly analogous declaration in relation to the Safety of Rwanda Act 2024: that, although *legally valid* and thus

binding (because Parliament is sovereign), it is *unconstitutional*. It may at this stage appear to fly in the face of the authority, but it does not. I will mention four reasons why.

Declarations of Unconstitutionality

First, the problems with the 2024 Act can be distinguished from the challenges raised in *Madzimbamuto* or *Miller*. In both *Madzimbamuto* and *Miller*, the argument concerned constitutional conventions prescribing that a regional (*Miller*) or colonial (*Madzimbamuto*) legislature consent to a proposed Act of Westminster Parliament before it is enacted. The constitutional standards at play were therefore *conventional* in nature and regulated relationships between *political institutions*. Now, the Safety of Rwanda Act 2024 is unconstitutional first and foremost because it enacts a legal fiction that Rwanda is a safe country, clearly aimed at displacing the judicial finding that it is not, and because it makes this fiction impossible to challenge in court, even against the criteria it accepts as definitive of what a safe country is. The Act does not infringe 'political conventions', therefore, but rather *fundamental constitutional rights and principles* which define *the position of the judiciary* as well as that *of individual asylum seekers* vis-à-vis Parliament and the government that enjoys its confidence. They have a different source and nature than the conventions in *Madzimbamuto* and *Miller*: they are grounded, rather than in past political practice, in normative considerations central to the principle of the rule of law. And the constitutional relationships they regulate are different, too. None of this means that they are necessarily more important, but it does suggest that they are more apt for some form of judicial enforcement.

Secondly, there is nothing in *Madzimbamuto* or *Miller* that would preclude a court from declaring an Act of Parliament unconstitutional, so long as such a declaration is understood to have no effect on the Act's validity. Indeed, it would be merely to recognise that what—in Lord Reid's words—is already 'often said' in relation to an Act of Parliament can also be declared by a court of law. While it is true that in *Miller* the Supreme Court declined jurisdiction to 'give legal rulings on [the] operation or scope' of a 'political convention', I have already argued that a declaration of the 2024 Act's unconstitutionality would not amount to such a ruling. Instead, it would amount to a non-binding declaration of the incompatibility of a piece of parliamentary legislation with fundamental constitutional rights and principles. And, as my third and fourth reasons show, British judges are familiar with making declarations of this sort as well as with this subject matter.

The third reason is then that British courts are already accustomed to issuing non-binding declarations of the incompatibility between an Act of Parliament and fundamental constitutional standards. They have been doing so for more than two decades under section 4 of the Human Rights Act 1998, which gives senior UK courts the power to declare an Act of Parliament incompatible with Convention rights. The sort of jurisdiction I am arguing for here would of course be different, since it would have to be grounded in the common law, not statute. Nonetheless, while it would be novel to the common law, it would not be so novel to British courts. They have exercised a similar statutory jurisdiction for some time already and without causing particular constitutional trouble.

Finally, UK courts already adjudicate on the scope of fundamental common law rights and principles and on their interaction with parliamentary legislation. Under the principle of legality, courts apply a presumption that Acts of Parliament are to be interpreted and applied in accordance with basic constitutional rights and principles. In effect, Parliament may only abrogate such basic rights and principles by using clear and unambiguous words. If the jurisdiction I am arguing for here corresponds to section 4 of the Human Rights Act, the principle of legality has its analogue in section 3—though the precise extent of the analogy is a matter of some controversy. The practical point is that an interpretive presumption of the sort envisaged under the principle of legality or section 3 is more intrusive than a declaration of incompatibility because it actually affects the way in which statutory words are applied in concrete cases. If common law principles justify the interpretive presumption involved in the principle of legality, they can also sustain a jurisdiction to declare, in a non-binding manner, the unconstitutionality of an Act of Parliament that violates basic constitutional rights and principles.

These four arguments would need to be developed at more length. Nonetheless, they suggest that a judicial declaration of the Act's unconstitutionality would not be as odd a development as it might first appear.

A Middle Way

Issuing a non-binding declaration of unconstitutionality could also present some pragmatic advantages in a situation such as the present.

Let us imagine that the Supreme Court is seriously faced with a choice whether to disapply the unconstitutional provisions of the 2024 Act or not. Politically speaking, this is an unenviable choice. If the Court caves in, it will have to acquiesce in a fairly explicit attack on the judiciary's capacity to provide an effective and independent check on the executive. Conversely, if the Court decides to disapply the legislation, it risks enormous political backlash—amplified, if anything, in the tense atmosphere of pre-election politics—and the possibility that the government will defy the Court's determination anyway. The very passing of the Safety of Rwanda Act to reverse the *AAA* ruling was already a stark gesture of defiance. If the government was ready to take that step, then it might imaginably choose to ignore the court's decision to disapply the legislation, too. It can then easily hold itself out as defending traditional parliamentary sovereignty—or even the sovereignty of the UK as such—from judicial and international interference. For the Conservative Party of 2024, such a move would likely present only negligible political costs, and perhaps even a net political gain.

Against this background, a declaration of unconstitutionality presents itself as a convenient middle way. It allows the Court to lay bare the constitutional problems with the legislation and bring them to the attention of both Parliament and the public. At the same time, because it is premised on a recognition of Parliament's sovereignty and of the limited institutional competences of the judiciary, it largely defuses the risk of a constitutional crisis and is much harder for a defiant government to dismiss as a blunt judicial power grab. It is perhaps as safe an option as caving in, and certainly a safer option than the 'hard-line' approach of striking down or disapplying the statute while being equally (in)effective. A government acting on a good faith commitment to institutional comity would no doubt do its best to act within the bounds of what the courts regarded as its constitutional obligations. This is what happened in the Canadian case, and this is what usually happens in response to section 4 declarations. A government lacking such a commitment, by contrast, may be just as ready to disregard a 'binding' judicial disapplication as a 'non-binding' judicial declaration of unconstitutionality.

Conclusion

It remains unclear if the courts will even face these choices, let alone which option they will eventually pick. But if this really is a *Marbury v Madison* moment for the UK, then it will come as no surprise if it is met with a very British response. It remains to be seen what that response will be and what it will mean for UK constitutional law in the long run. For better or worse, the story is far from over.

Colin T Reid

Climate, Constitution and Party Politics

How a Climate Crisis Created a Political Crisis in Scotland

doi: 10.59704/1cb983d7c6fb6891

Recent developments in Scotland in relation to climate targets have presented interesting questions for both constitutional and climate law. After proudly announcing itself as a nation with world-leading targets for reducing greenhouse gas emissions and giving these legally binding status, now that it has been realised that the 2030 target will not be reached, that target has been abandoned. In turn, this has been the catalyst for the break-up of the two-party arrangement that supported the government and the resignation of the First Minister who faced losing a vote of confidence.

Tackling climate change has always been recognised as a difficult task, in practice and in the context of the complex governance structures in Scotland, but the recent upheaval was not something that was expected. It is no great surprise to discover that meeting climate targets is harder than setting them, and that this is not changed by giving the targets legal status. What was unforeseen, even in a closely balanced parliamentary context, was the potential of this issue to split a partnership in government and to focus attention on the First Minister personally, leaving an uncertain future for climate and other policies.

Devolution

The system of devolution established by the Scotland Act 1998 (with many adjustments since then) created a Scottish Parliament and Government which has power to act on many issues, while other matters remain in the hands of the UK authorities. As a devolved, not a federal, system, the UK Parliament also retains the power to legislate on any matter, including devolved ones, and the UK Government can prevent legislation passed by the Scottish Parliament coming into effect (as happened with the Gender Recognition Reform (Scotland) Bill last year). The Scottish Government is responsible for some taxes but approximately 60% of its funding comes from the block grant from UK sources, determined in part by how the UK Government is spending its funds and how this is divided between devolved and reserved areas.

The current crisis is affected by the balance of parties in the Scottish Parliament. The Parliament is elected on an additional member basis, with voters voting once for a constituency Member of the Scottish Parliament (MSP) and again for a regional MSP, with 7 MSPs elected for each region on a party list system that allocates seats taking account of the results in the constituencies. It was thought that this system would prevent any single party dominating the Parliament, but the success of the Scottish National Party (SNP) in the 2011 election gave it an absolute majority (69 of the 129 seats) and the current Parliament elected in 2021 has 63 SNP members. Since this is just short of a majority, discussion between the SNP and the Green Party led to the Bute House Agreement, securing the support of the latter's 8 MSPs and giving the Green Party two ministerial posts, but falling short of a full coalition government.

Devolution and the Environment

Many of the most significant environmental issues fall within devolved legislative and ministerial powers, e.g. agriculture, development planning, transport and aspects of energy policy. However, some significant areas are reserved to the UK authorities, e.g. making any international agreements, while even in devolved areas the Scottish Government does not have complete control over the tools it might want to use to put its policy into practice. For example, the fact that product standards (such as the rules on the construction and use of motor vehicles) and Value Added Tax are controlled by London means that such mechanisms cannot be used to implement any distinctive environmental policy. Following the UK's withdrawal from the European Union, the Scottish Government has committed to keeping in step with EU law on environmental and other issues, whereas the UK Government emphasises the ability to chart its own course, although what this will be is uncertain, with its rhetoric divided between promoting deregulation and ensuring high

levels of environmental protection.

Effective implementation of environmental policy in Scotland can also be affected by the United Kingdom Internal Market Act 2020 which operates on the basis of not allowing national differences to obstruct a single market for goods and services across the UK. This Act was passed without support from the Scottish or Welsh Parliaments. The market access principles in that Act (mutual recognition and non-discrimination, mirroring the basis of the free movement of goods within the EU) in effect mean that if a product is lawfully available in any one nation of the UK it must also be available in all of the others. There is very limited scope for avoiding the Act, giving local legislators much less freedom than is allowed under the proportionality tests applied within the EU internal market. The granting of express exemptions has become a matter of dispute between Scottish and UK governments, with delays in reaching decisions or the refusal of exemptions by the UK Government disrupting the implementation of legislation passed in Scotland, e.g. the deposit and return scheme for bottles and cans due to begin in Scotland in 2022 has now been delayed until 2027 to allow for coordination with the other schemes across the UK.

Climate Law and Policy

The Climate Change Act 2008, applicable to the whole UK, was passed by the UK Parliament and established legally binding greenhouse gas emissions targets, including an 80% reduction of net emissions by 2050. This was followed by a separate Climate Change (Scotland) Act 2009 from the Scottish Parliament which adopted a different basis for reporting progress (annual targets rather than 5-year carbon budgets). The Climate Change Committee has been established as an expert body, independent of governments, to advise and report on progress under both Acts. Obligations to prepare plans and to report to the Parliaments on how far the various statutory and shorter-term targets are being met are key features of monitoring progress under each Act but it has never been wholly clear what the legal consequences would be if the statutory targets were missed.

While UK policy has also evolved, since 2009 Scottish policy has become ever more ambitious, reflecting both political choice and the greater potential in Scotland for renewable energy generation and for carbon sequestration from new woodland etc. The two Acts were revised in 2019, with the UK setting a new target of reaching net zero emissions by 2050. In Scotland, the revisions, approved by all parties in the Parliament, set a more challenging new target of achieving net zero emissions by 2045 with an interim legal target for 2030 of achieving a 75% reduction in net emissions from the 1990 baseline. This interim target was recognised by the Climate Change Committee and others as being very demanding, but not impossible so long as major steps were taken quickly to make significant reductions across all sectors of activity.

Progress and Failure

The Climate Change Committee's annual reports on Scotland's progress tell a story of some progress but substantial failure. The annual targets in Scotland have been missed in eight of the last twelve years and in late 2023 the Committee issued a damning report. Although substantial reductions in emissions have been made, largely through the shift to generating electricity from renewables, there has not been enough progress in relation to buildings, agriculture, land use and waste and limited gains in only some areas of transport. Specific proposals for achieving reductions should be contained in a Climate Change Plan, but the latest version, expected in late 2023, has been delayed. Moreover, other detailed plans in various areas are also overdue (including on reducing car journeys, the provision of a public network for charging electric vehicles, reducing flights, agriculture and ferries) and although there are bold proposals on heat in buildings these will need rapid and effective implementation. The Committee's report in early 2024 stated that "there is still no comprehensive delivery strategy for meeting future emissions targets and actions continue to fall far short of what is legally required"; achieving the 2030 target is now "beyond credible".

The result was the announcement by the Scottish Government in April 2024 that it accepted that the 2030 target of 75% reductions by 2030 "is out of reach" and would be abandoned. Part of the blame was put on the UK Government's decisions that had rolled back on some of its policy commitments intended to contribute to reaching the 2050 target and the consequences of financial austerity reducing the budget available in Scotland. The target of net zero emissions by 2045 was reaffirmed, but with a move away from annual targets as the stepping-stones towards that in favour of five-year carbon budgets. Ha-

ving proudly proclaimed its world-leading laws and targets since 2009, this represents a major embarrassment for the Scottish Government. The Scottish Act already allows for some adjustment to net emission targets, but this was intended for moves to stricter rather than looser targets and have procedural and substantive limits that would not allow the changes intended. The Government statement proposed new legislation that will repeal the 2030 target and move from an annual to a five-year reporting cycle. Such legislative intervention was always predicted as the way forward if either the UK or Scottish Government looked likely to miss the legal targets, being preferable from the governmental perspective than obviously breaching a legal obligation.

Consequences

This decision had proved the catalyst for more major change. The Green Party ministers had accepted this change of policy, but many members of the party were unhappy and a special conference was planned to decide whether the party should continue in government with the SNP. Meanwhile, the Bute House Agreement was the source of dissatisfaction on various grounds among some members of the SNP. The SNP is facing falling electoral support and the Green Party's influence has been blamed for a number of unpopular and poorly implemented policies. In response to this situation the First Minister, Humza Yousaf, decided to terminate the Bute House Agreement at short notice, saying that the SNP would govern alone as a minority government. A motion of no confidence in the First Minister was lodged and once the Green Party MSPs, upset at the abrupt end to an agreement that the First Minister had praised only days before, made it clear that they would vote against him, the First Minister resigned. The balance of seats in the Parliament – one seat short of a tied vote which would mean survival, and no agreement possible with other parties (not even the single MSP from a party that had split off from the SNP) – made it inevitable that he would lose and so he resigned in advance. A second motion of no confidence in the Government as a whole failed, with the Green Party willing to continue supporting the SNP, but not Humza Yousaf. A new leader of the SNP and First Minister was needed (for the second time since the 2021 election) and after being elected unopposed as SNP leader and winning votes in the Parliament to become First Minister, John Swinney will face the challenge of governing without a parliamentary majority, albeit with the likelihood of support from the Green Party on many issues.

Lessons

This saga reveals several lessons for both constitutional and climate law. In constitutional terms it highlights the fact that without a majority in Parliament, neither First Minister nor Government can survive, but that the fate of two can be separate. The electoral system in Scotland was designed to ensure collaboration between parties, not single party domination; but recent electoral results have produced something different. Now the realities of the parliamentary arithmetic are biting again, with the potential for even a single MSP to have great influence, and the SNP will have to re-learn how to govern without a majority.

On climate issues, the main lesson is that ambitious rhetoric needs to be supported by strong and decisive action if the result is not to become an embarrassment. Detailed and effective plans need to be drawn up and implemented if we are to bring about the transformation in society needed to achieve the vast reduction in greenhouse gas emissions required to meet the climate emergency. Setting targets is easy and placing them on a legislative basis looks impressive. But unless these targets are given concrete legal protection, with clear and strong procedures for ensuring remedial action if the targets are not being met, the legal status adds little and in any event they remain vulnerable to future legislative action reducing the target to match what is feasible (or politically desirable as circumstances change).

Questions remain over what will actually happen next. Will there be a majority for a new Climate Bill reducing or abolishing the 2030 target? Although the Green Party was willing to support such a change when it was part of the government, that may not be the case now that it is no longer in a position to guarantee the delivery of other benefits that might make up for failure on this issue. The other opposition parties supported the revised targets only a few years ago and might see political advantage in keeping them in place to further embarrass the SNP over the failure to reach them. On the other hand, they may hope that by 2030 they will be in power and wish to avoid being the ones having to face the consequences when an unchanged target is missed. The uncertainty may continue for some time, without actually making progress in meeting the ever more demanding challenge of tackling the climate emergency that the Scottish Government formally declared in 2019.

Neus Vidal Marti, Viktoria Kraetzig

Why Europe Needs a Harmonised Access to Information Act

doi: 10.59704/ef33ec3f6449ae88

May the 3rd marks press freedom day around the world. Today, many articles and editorials will be published across Europe, highlighting the need to put an end to threats faced by journalists in Member States such as reporters being attacked by protestors while covering demonstrations or media outlets being sued by powerful individuals to prevent them from investigating them. While all these pan-European threats certainly need to be tackled – in fact the European Commission has recently addressed them via the Recommendation on the Safety of Journalists and the Anti-SLAPP Directive – one fundamental pan-European crisis faced by journalists across the continent remains widely ignored: the difficulties to access information held by public authorities and the disparities among Member States when requesting data.

This article aims to review the current situation of the right to request information from public bodies in EU Member States and offers a proposal that opens the door to discussing the possibility of harmonising such a right through the internal market competence. This is now more important than ever in the digital society we live in since, despite many benefits, the rise of digitisation can also bring dangers to democratic processes in Europe. External interference by foreign powers can easily be done through targeted content on social media and online, with rising fake content serving antidemocratic interests being disseminated to European citizens on a daily basis. Arguably, that makes the need to harmonise and strengthen access to verified information held by public authorities even more important, since reliable official information can act as a counterbalance to dubious and one-sided fake information.

The right to request information in Europe

The right to request information in possession of public bodies in Europe was first recognised by Nordic countries, and has been eventually followed by the majority of states in the continent. More recently, Austria has passed a new law on Access to Information (hereafter "ATI") while Germany still has to wait for its new federal transparency law, which was promised by the coalition government but has not been presented yet. ATI laws give all journalists and – most importantly – all citizens, a legal tool to know what their governments and representatives are doing and how taxpayer's money is spent. However, while broadly similar, each national law has different characteristics, from different time frames to reply to requests, to different exemptions to deny access or different appeal mechanisms. Even more important, the implementation of the law and how the law works in practice is not necessarily linked to the strength of the legal text, since political culture and a pro-transparency independent judiciary play an important role when predicting the outcome of requests for information. Strikingly, there is no database that systematically tracks the implementation of ATI Laws across the Union, but there is plenty of evidence that clearly indicates that disparities in the application of the law are creating inequality amongst European citizens: some information that can be requested from public authorities in one Member State can easily be denied when requested in a neighboring country.

In Spain, the Medicines Agency took the media outlet Maldita to Court over a resolution by the Transparency Council that stated that the agency had to release information requested by the outlet regarding agreements between the Spanish Government and other countries to resell or donate Covid-19 vaccines (the Court eventually ruled in favour of the outlet). In Greece, the government refused to grant a request by NGO Vouliwatch to access information about a media advertising campaign by the executive and the distribution of public funds, which was clearly in the public interest. In Malta, the Shift News requested information about contracts and payments between public entities and Malta Today co-owner Saviour Balzan. The Information and Data Protection Commissioner ordered the disclosure of documents, but 30 pub-

lic entities refused to oblige and challenged the decision at the Appeals Tribunal, forcing the media outlet to embark in a hugely time and resource-consuming process. In Germany, the Berlin-Brandenburg Higher Administrative Court ruled against Tagesspiegel and held that the chancellery didn't have to disclose off-the-record conversations between Angela Merkel and journalists on topics such as the refugee crisis or how to work with the far-right AfD party. The court did so after 5 years on the grounds that the government had changed since the case had been filed. And, to be fair, the European Union itself does not necessarily fair better in this regard as Päivi Leino-Sandberg's well-documented quest for background information on the EU's big Covid-relief measure shows (see here, here, only upon involvement of the Ombudsman and the General Courtsome material was eventually released, see here).

Now or never: Momentum for Harmonisation

As the aforementioned cases have shown, citizens face enormous challenges when attempting to access information held by public authorities in the European Union. This is extremely worrying in an age of disinformation, misinformation and AI-created content which threatens to affect democratic processes, including the important EU elections that will take place in June. How are public authorities spending taxpayer's money? Who have members of the government met before drafting a new law? ATI laws in Europe should be useful tools to answer all these questions and allow citizens to hold authorities accountable. It is clear that the current fragmentation of legislation is not working properly to defend the right to seek information by European citizens. Accessing information is essential to contribute to the public discourse and to take part in decision-making processes and elections, and therefore should be one of the most protected democratic European values. Hence, harmonisation of the right to access information in the European Union should be on the table – now more than ever before.

European institutions have already stated that some rights and freedoms such as media freedom must be protected and the best way to enshrine them is to establish common standards via harmonisation – as done with the European Media Freedom Act (EMFA). Arguably, the right to access information from public authorities across Europe could be defined as an even more important right to protect and to be harmonised, since it affects every aspect of what the Union stands for, from democratic values to fair competition.

This is even more relevant taking into account the role that digital information plays in democratic processes. States are now recording a huge amount of information that can be easily tracked digitally, greatly reducing the time and resources that would have been spent locating documents just 10 years ago. Additionally, most communications between public representatives are now automatically recorded, since they take place in written form via email or text message.

On that note, it is important to flag one of the biggest ATI conundrums of the last years since, while electronic communications are easy to track, they are also easy to delete. There can be no doubt that electronic communications between democratically elected representatives and interested actors (such as lobbyists and private companies) must fall under the scope of ATI Laws, but this is actually not recognised by all legal texts or public authorities. One of the most notorious recent cases dealing with this topic is the one involving the text messages between European Commission President Ursula von der Leyen and Pfizer's CEO Albert Bourla regarding the purchase of Covid vaccines. In 2023, the New York Times took the European Commission to the European Court of Justice for their refusal to publish the aforementioned texts. The petition, initially sent by journalist Alex Fanta, was supported by the European Ombudsman.

These new circumstances in the digital age not only call for a reform of ATI laws in Member States, but also for an important step at the EU level: a European Acces to Information Act, since it is clear that no democracy will be able to endure in the digital age without transparency and accurate information.

Disparities in ATI law as an obstacle to the internal market

Reasons for the need to establish a harmonised ATI Law have already been laid out, and the following paragraphs will develop a first proposal on how to do it. If the European Media Freedom Act (EMFA) can be based on the internal market competence of Art. 114 TFEU (critical see Kraetzig), an EU harmonisation of ATI Law can as well. With the EMFA, the Commission tackled issues hindering the provision of media services in the internal media market on the basis of Art. 114 TFEU. The fragmentation of

Access to Information law in the EU (EUI, Media Pluralism Monitor 2023, page 29 et seq.) is an obstacle for the internal media market. Why has it not been harmonised yet with the EMFA? What should have been done in the past must now be dealt with – we need harmonisation of ATI Law in the EU (on this see Alemanno).

To start with, the internal media market is hindered when journalists are not able to access government information in all Member States due to divergent legal regimes. If journalists in some domestic jurisdictions cannot access information while others can, such unequal access may create inequalities within the Community as regards conditions of competition – regarding public access to environmental information, Directive 2003/4/EC addresses such disparities in national laws (see its Recital 7). Moreover, cross-border investigations are made considerably more difficult or even impossible. Member States have their own rules on ATI with divergent exception provisions. Implementation and enforcement of the law also differs greatly. In Germany, for example, copyright has been a welcome defense against ATI (on the grounds of Section 6 Freedom of Information Act). It can be because the threshold for copyright protection is set so low that copyrights bars even reports written by civil servants based on templates from external access (German Federal Court of Justice, I ZR 139/15 – Afghanistan Papiere; on copyright as rule of law challenge, see Kraetzig). Unfortunately, not every applicant for information is a copyright expert and can oppose such practice (luckily, Frag den Staat could!) nor will they have the financial resources to go to court. In Hungary, in some cases lawyers do not even know the concrete legal basis when the state denies ATI – in court, they have to fight for ATI litigation-blind. However, harmonised rules on ATI would also benefit the internal market beyond the media market: administrative transparency does foster the free movement of capital in the internal market as the CJEU has repeatedly pointed out (Alemanno). Taking into account the principles of subsidiarity and proportionality, probably a directive with minimum standards for ATI law with the adoption of the lowest common denominator would be the appropriate measure. As the lines between directives and regulations are becoming more and more blurred anyway, it could also become a regulation.

Setting standards for a European Access to Information Act

Now is the time to identify which specific ATI instruments are suitable to set minimal standards at the EU level. One of the most relevant attempts at unifying criteria in Europe is the Council of Europe Convention on Access to Official Documents – known as the Tromsø Convention 2009 – which has only been ratified by 7 EU Member States. While the Convention is a useful tool, the current digital age needs to establish further requirements. Therefore, a European Access to Information Act should follow international standards and address the following points:

- Establishing a common definition of public authorities that allows all European citizens to have an equal right to access information regardless of the Member State they reside in.
- For the right of access to also cover digital communication, a broad definition of "information" would have to be used. It is not the means of communication that matters, but the content. If politicians use a mobile phone to make policy, they must disclose the information on their phone.
- Ensuring that applicants can freely request information without disclosing unnecessary personal data and without having to motivate the request. The Act should ensure that accessing information held by public authorities is free of charge and available for all citizens to avoid disparities amongst states that charge and those who do not.
- Requests should always be answered by the competent public authority and no answer should not be considered a rejection of the request.
- Establish an independent body that can review cases such as an Information Commissioner, Ombudsman or Transparency Council.
- Establish clear procedural rules, including harmonising time frames to reply to requests.
- Exceptions to the right to access information should be harmonised, clearly defined and always motivated. They should be subject to a review process or appeal procedure. Exemptions must be designed in such a way that they strike a fair balance between the interests of access to information and the interests of third parties. In particular, the state should no longer be able to refuse access to information on the grounds of copyright if its civil ser-

vants have authored the requested documents, as seen in Germany.

This list aims to put forward a first proposal of minimum standards that should be taken into account when discussing the possible harmonisation of ATI in the EU, but by no means intends to be an exhaustive list of all stipulations that could potentially be included in such a text. The need for transparency is now extremely high, and the new European political cycle that will emerge after the June election should ensure that improving the access to information held by public authorities becomes a political priority that will help strengthen European democracy.

Marco Bevilacqua

The Reform of the EU Fiscal Rules

Strengthening Economic Protectionism in the Union

doi: 10.59704/867c9adde4a75138

The reform of European economic governance has been in the air for quite some time, but it was not until 2023 that the Commission put forward the most substantial development since the Maastricht Treaty. In April 2024, the European Parliament, along with the Council, approved all three legislative proposals. These measures strengthen European economic security by protecting the sustainability of the Union's debt. Without examining the legislations' details, this blog post reveals a propensity within EU economic governance towards neo-protectionism of the EU's financial interests. In particular, while this neo-protectionist leaning questions the relationship between the Union and the Member States, the transition (from the coordination to executive centralisation) strengthens the connection between the spending conditionality mechanism and the protection of the Union budget. In that way, the security of the Union's financial and economic interests is in turn strengthening the overall security and strategic autonomy of the EU.

The "breadcrumb trail" towards European economic security

In the last fifteen years, European economic governance has undergone many significant changes, including the widespread adoption of provisions which are directly applicable to Member States' legal systems, testifying to the priority within the EU to harmonise Member States' legislation in said area. If the Fiscal Compact of 2012 marked the end of the sovereign debt phenomenon, 2020 could be seen as the beginning of an era in which European public debt sustainability is of primary importance.

On 26 April 2023, the European Commission presented a new package of measures aimed at supplementing existing EU economic governance rules – and in particular at reforming the multilateral European budget – by repealing Council Regulation (EC) No. 1466/97 and amending Council Regulation (EC) No. 1467/97 (which regulate the Stability and Growth Pact mechanism) and Council Directive 2011/85/UE, of which only the former was agreed on by the Council and Parliament last February.

Almost exactly one year later, the European Parliament has just approved its own proposal under ordinary legislative procedure with some significant amendments, mostly with regard to the provisions that will replace Council Regulation (EC) No. 1466/97. Just a few days after the MEPs' vote, the Council also approved the package "in the wording which corresponds to the Parliament's position".

Compared to the proposed version of 2023, instead of debt sustainability, the European Parliament has decided to emphasise the importance of putting at the core of the economic governance framework sound and sustainable public finances and sustainable and inclusive growth (Recital 6 of the Regulation of 2024 that will repeal the one of 1997), in light of the equal treatment principle among Member States.

Moreover, the EP added some more recitals in order to clarify the connection between the coordination of domestic economic policies and the appropriate level of public investment (Recital 7). This linkage becomes more evident in light of the implementation of financing instruments such as the cohesion policy funds, which are crucial to achieving the main goal of reducing debt ratios and deficits laid down in the legislative package.

National plan governance for European budget sustainability

Let's take a deep dive into the package itself. Firstly, the previous version of Regulation (EU) No. 1466/97 only refers in general terms to monitoring of Member States' progress. On the contrary, the annexes to the aforementioned Regulation on monitoring mechanism will introduce specific provisions on the functioning of the "control account" corresponding to a debit record when "the actual net expenditure in the Member State in a given year is above the net expenditure path set by the Council". The implemented control system that will be applied to the national plans is strictly related to the conse-

quent sanction mechanism – already provided for in the previous Regulation (EU) No. 1467/97 – which has been modified to impose fines to a limited extent (in particular, from 0,2% of National GDP to 0,05%). Even though this may appear to lessen the deterrence of sanctions on Member States, the philosophy of sound and prudent management is still implemented through instruments that discourage and impede a budgetary policy which risks excessively increasing public financial instability. For these reasons, these mechanisms are capable of taking precedence even in respect of other European regulations.

This reduction in the pressure of sanctions is accompanied by the introduction – in this regard, consider the amendments to Council Directive No. 2011/85/UE – of independent fiscal institutions established by national laws and entrusted with the task of overseeing, including *ex-post* evaluations, the macroeconomic and budgetary forecasts for annual and multiannual fiscal planning (Recital 12 of the approved EP text). As one can easily observe, the three legislations are deeply interconnected.

Said approach to the security and protection of the Union's financial interests and its budget acts in two ways. On the one hand, economic security is directly related to the application of the anti-corruption regulatory framework. On the other hand, the protection of the Union budget will continue to work by employing a top-down model based on tools to ensure debt sustainability, which is not so different from the mentioned preventive arm of SGP. Although national, medium-term fiscal-structural plans are framed as "the cornerstone of the economic governance framework of the Union" (Recital 10 of the EP's proposal), and the Commission is empowered "to ensure compliance" (Recital 12) with the provisions of the proposal that will repeal Regulation (UE) No. 1466/97. Moreover, Member States are explicitly required to bring their legal systems into line with the principles set out in Article 2 TEU, otherwise they will not be able, among other restrictions, to access the resources allocated by the Multiannual Financial Framework, as well as other funds (see Recital 7).

The package of fiscal measures under examination is the outcome of a process initiated in 2020 through the adoption of a specific regulation to ensure that domestic legal systems are brought into line with the principles and values expressed in Article 2 of TEU. In other words, it results from the positive experimentation that has occurred in the constancy of the approval of the Recovery and Resilience Facility (RRF) of 2021 and the relative national recovery and resilience plans (NRRPs). In this context, the European Commission is now evaluating the targets and milestones that each national policy maker intends to achieve within Member States' domestic economic and financial plans, in line with EU public debt management criteria. In this regard, Next Generation EU and REPowerEU plans imply a potential shift in the balance between the Commission and Member States through the standardization of national plans for budget provisions on reducing public debt levels.

With the expansion of the European Commission's spending powers, attributed to the enlargement of the Union budget established by the RRF, the need has emerged to ensure that "every euro and every cent is spent for its proper purpose and in line with the rule of law principles".

The approval of the new fiscal rules will entail the replacement of national budget laws with medium-term fiscal-structural plans covering a period of four or five years. The first versions of them should be prepared by September 2024. The additions of the MEPs to strengthen the principle of coordination between the European executive and the Member States within the public budget management will not be sufficient to undermine the power of review and control which the Commission will be able to exercise in the light of the recently approved package of fiscal rules.

In addition, the new measures will enable the Commission to introduce standard mechanisms to make national budgets accountable both *ex ante* and *ex post* during the European Semester. More specifically, the preventive arm of the Stability and Growth Pact will be replaced by a negotiated one-to-one mechanism between the Commission and the Member State to plan a spending programme in light of the expansion of EU competences, as an expression of a potentially protectionist sentiment, especially in economic sectors. In this regard, the technical dialogue (Article 13 of the Regulation that will repeal No. 1466/97) is aimed at ensuring that the national medium-term fiscal-structural plan complies with the requirements for national medium-term fiscal-structural plans, such as the containment of net expenditure (Articles 13 and 15).

A keyword in this rather rapid evolutionary process is clearly *protection*, where national budgetary plans, placed within the EU budget, can be framed as European public

goods and are protected from the threat to European economic security of domestic deficits.

The intertwined relationship between economic protection and economic security

Regulation (EU) No. 1466/1997 was amended in 2011 with specifications on the medium-term objective by Member States in their stability programmes, which "shall ensure the sustainability of public finances or a rapid progress towards such sustainability while allowing room for budgetary manoeuvre, considering in particular the need for public investment" (Article 2a of the consolidated version). This is about to change with the repealed Regulation of 2024 under the EP's version, because of the replacement of the SGP preventive arm with the "reference trajectory" which will be applied with the same thresholds as in the past (i.e. when national debt exceeds 60% of GDP or 3% of GDP with regards to deficit levels). In addition, in order to ensure and safeguard debt sustainability, the trajectory is no longer proposed by Member States but instead by the Commission itself as a tool to frame dialogue with Member States.

This centralisation of the source of executive coordination on the management of domestic public debt appears to make the connection between debt sustainability and economic protectionism more evident in order to secure the Union's financial interests. In this regard, security and protection aren't a dichotomy; they are complementary in helping the Commission bolster Europe's economic security capacity.

This could attest to the transition from the coordination approach, embedded in paragraph 3 of Article 2 TFEU, to the implementation of security policies easily extended to issues of protecting EU economic and financial interests. Moreover, this shift strengthens the connection between the above mentioned spending conditionality mechanism and the *protection* of the Union budget.

While the European Commission is currently trying to strengthen an independent economic position of the Union towards strategic autonomy (which might even be defined as economic sovereignty), remnants of internal conflicts between the EU and Member States still remain (e.g. the well-known decision of Karlsruhe's Constitutional Court on the Quantitative Easing mechanism).

It remains to be seen what impact the results of the upcoming EU Parliament elections will have on this process, but it would be highly challenging to deviate now from the pathway set down by the current Commission.[1]

[1] I am grateful to Professor Marta Simoncini for her valuable comments on an earlier draft; I am solely responsible for any mistakes or inaccuracies.

Jarne De Geyter

The EU Association Agreement with Andorra and San Marino

Reaching the Boundaries of the EU's Association Competence

doi: 10.59704/6456c7cdc3daea6f

On 26 April 2024, the European Commission put forward a proposal for the Council to conclude the Association Agreement (AA) between the European Union and Andorra and San Marino. In a press release, the Commission underscored that the AA will provide an access to the EU's internal market comparable to Norway, Iceland and Liechtenstein under the EEA Agreement, i.e. the most far-reaching form of integration of third countries in the EU's internal market so far. However, the AA with Andorra and San Marino goes another step further and introduces in an unprecedented manner the supervision and jurisdiction of the European Commission and the Court of Justice (CJEU) in the context of an association agreement.

As acknowledged by EU Commissioner Šefčovič, the AA will constitute "the most comprehensive agreement the EU will have with any third country", going beyond the scope, content and depth of the existing association agreements. This begs the question how far the EU can go under its association competence laid down in Article 217 TFEU in integrating third countries in the EU legal order. This blog post argues that the AA goes yet another step further in the EU's association practice by largely integrating Andorra and San Marino in the procedures before the CJEU, to the extent that the Union may now have fully exhausted its association competence when it comes to the depth of integration it may offer third countries.

The judicial integration of Andorra and San Marino in the EU legal order

The AA with Andorra and San Marino incorporates both countries to a large extent in the enforcement mechanisms provided for in the EU legal order. In the field of competition law, Articles 40 and 46 of the respective AA empower the European Commission to enforce the competition rules within the extended internal market established by the AA, and to review all new and existing state aid granted by Andorra and San Marino. If Andorra or San Marino do not comply with the Commission's state aid decisions, the Commission may directly launch an infringement proceeding before the CJEU. This corresponds to Article 108(2) of the TFEU, which allows the Commission to immediately bring EU Member States, that do not comply with its state aid decisions, before the CJEU without first having to send a letter of formal notice and reasoned opinion in line with Article 258 TFEU.

Apart from competition law, potential disputes regarding the incorrect or non-application of the relevant EU rules would first be addressed by the Joint Committee set up by the AA. If the Joint Committee is unable to find a solution within six months from its first meeting, either of the Parties may decide to refer the matter to the CJEU in accordance with Article 90 of the AA. This is different from the EEA Agreement, which requires the consent of *all* Contracting Parties to refer the matter to the CJEU (see Article 111(3) EEA Agreement). In addition, Articles 92 and 93 of the AA allow Andorra and San Marino, as well as their inhabitants, similar access to the CJEU as the EU Member States and EU citizens by providing for an action for failure to act and an action for damages against EU institutions, bodies and agencies similar to Articles 265 and 268 TFEU.

Regarding the validity of EU law, Article 91(1) of the AA underscores the exclusive jurisdiction of the CJEU over the legality of EU law in order to ensure the autonomy of the EU legal order. When an EU act is addressed to San Marino or Andorra, or to a natural or legal person domiciled or established there, the second paragraph of Article 91 specifies that any review of the validity of such acts should be left to the CJEU in accordance with the action for annulment procedure in Article 263 TFEU. One of the open questions, which the CJEU will have to clarify in the future, concerns the status of Andorra and San Marino in the context of Article 263 TFEU, especially when the EU act is not directly addressed to them – in case of general

application of an EU act. Given the depth of integration of the AA, should Andorra and San Marino be assimilated to the EU Member States and be treated as privileged parties under Article 263(2) TFEU? If so, they would have direct access to the CJEU and would not have to prove that they meet the more burdensome conditions of being directly and/or individually concerned by the EU act in line with Article 263(4) TFEU.

Article 6 of Protocol 24 to the EEA Agreement explicitly grants Norway, Iceland and Liechtenstein the status of privileged party for actions of annulment before the CJEU, but *only* in case of certain Commission decisions in the field of concentrations. The AA with Andorra and San Marino appears to go way beyond that by bestowing upon them the status of privileged party in a more general fashion. Article 95 of the AA hints in this direction by prescribing that any action brought before the CJEU under Articles 90 to 94, including the provision that any review of the legality of EU acts shall fall within the exclusive jurisdiction of the CJEU, shall be subject to the same procedural rules as those provided for within the TFEU. In addition, Article 10 of Framework Protocol 1 stipulates that rights conferred upon the EU Member States shall be understood to be conferred upon San Marino and Andorra. So far, similar claims by Switzerland have, however, been avoided by the CJEU. In any event, even if Andorra and San Marino cannot be considered privileged parties under Article 263(2) TFEU, they will still be able to resort to Article 263(4) TFEU. As the CJEU acknowledged in *Venezuela v Council*, third countries too may institute an action for annulment against acts of EU law under Article 263(4) TFEU, provided they meet the conditions laid down therein.

Lastly, Article 94 of the AA duplicates the Article 267 TFEU preliminary reference procedure. That provision stipulates that national courts of Andorra and San Marino may, or in the case of the apex courts must, seek a preliminary ruling from the CJEU when in the domestic proceedings a question is raised relating to the interpretation of the AA or the validity of EU law. This full-fledged integration of Andorra and San Marino in the preliminary reference procedure goes much further than what is legally required under EU law *and* what has been the practice in association agreements up to now. In *Opinion 1/91*, the CJEU clarified that international agreements *may* grant the national courts of third countries the possibility to refer a preliminary reference to the CJEU. However, EU law does not require that certain courts (particularly apex courts) are obliged to do so. Yet, the latest AA clearly introduces this obligation to the national apex courts of Andorra and San Marino.

Reaching the boundaries of the EU's association competence

The AA with Andorra and San Marino establishes the most far-reaching (judicial) integration of third countries in the EU legal order so far. In various areas of EU law, Andorra and San Marino will be equated with the EU Member States to a large extent, both with respect to the substantive rules applicable in both countries as well as with respect to the judicial enforcement procedures. Given the far-reaching sectoral integration of the association established with Andorra and San Marino, one could almost speak of *de facto* "partial EU membership", yet without the right to vote on the adoption of new EU legislation. In light of the EU's decision-making autonomy, decision-making powers are necessarily a benefit connected to EU membership.

Blurring the boundaries between EU membership and third country status, this begs the question as to the limits of the EU's association competence. Article 217 TFEU allows the Union to conclude with one or more third countries an agreement establishing an association involving reciprocal rights and obligations, common action and special procedure. In *Demirel*, the CJEU clarified that this provision empowers the EU to guarantee commitments towards non-member countries in all fields covered by the Treaties. Yet, as the CJEU stressed in *UK v Council (Turkey)*, this provision does not allow the Union to conclude association agreements exceeding the powers conferred on it. As it follows from Article 49 TEU, the final decision on accession of third countries to the EU remains a prerogative of the EU Member States. Hence, although Article 217 TFEU allows the Union to integrate third countries in the EU legal order in a far-reaching manner, the EU should guard the (increasingly thin) line between EU Membership and third country status. Through the full integration of Andorra and San Marino in selected areas of EU law, including by subjecting them to a large extent to the corresponding procedures before the CJEU, the envisaged AA introduces an unprecedented (judicial) integration of third countries. To the extent that they are largely equated with EU Member Sta-

tes, yet without the right to vote as a prerogative reserved to EU Member States, the EU appears to have neared, if not entirely reached, the limits of its association competence when it comes to the depth of integration it may offer third countries.

Alberto Alemanno

Unboxing the EU Body for Ethical Standards

doi: 10.59704/8012be53661c21e3

Despite being dismissed as 'toothless' by several observers, the creation of a dedicated EU Body for Ethical Standards carries the potential to mark a qualitative difference in the development of the EU ethics system as we know it.

After over two decades of institutional debates – and amid several high-profile ethical scandals including the recent Qatargate –, the main EU institutions (with the sole exception of the EU Council and the CJEU joining as observer rather than as party) eventually decided set up a joint authority aimed at "strengthening trust in Union institutions and their democratic legitimacy".

Yet to attain such a goal, they did not entrust the Body with the authority to independently enforce existing ethical standards (such as independence, integrity and discretion in office and post mandate) – as wished for by the EU Parliament in its resolutions of September 2021, December 2022 and July 2023.

Instead, they tasked the Body with the development of new ethical standards – the so called "common minimum standards" – that each of the participating institutions would then apply on its own members. As such, in a twist of history, this new authority resembles more the failed 2000's Advisory Group on Standards in Public Life – originally put forward by Neil Kinnock in the aftermath of the Santer Commission's fall – than the most recent 2021 EU Parliament proposal for an "EU Ethics Body". The institutional model proposed by the latter originated in a legal opinion I was asked to craft for the Greens in 2020 – and which inspired by the French High Authority for the Transparency of Public Life (HATVP). I presented it to the EU Parliament Committee on Constitutional Affairs in 2021 and discussed with other key decision-makers over the past four year

This essay intends to analyse whether and how the new inter-institutional body can contribute to strengthening the existing and largely fragmented EU ethics framework. After briefly identifying the main structural limitations of such a framework, it examines the extent to which the Body – given its subject-matter, scope, composition, and operation – could effectively address such limitations.

The EU Public Ethics System

The EU has, over time, put in place ethical standards governing the conduct of its institutions' staff and members to prevent, or at least mitigate against, the risks of unethical conduct. The resulting EU ethical and integrity system appears in general more comprehensive and sounder than in most Member States. Yet, as acknowledged by the EU Court of Auditors, while many elements of an ethics infrastructure are in place, the absence of a systematic and comprehensive approach has led to a framework with no clear indication of what the EU ethics and integrity system is and how it works.

First, the EU ethics system applicable to members – be they elected (i.e., MEPs) or appointed (i.e., Commissioners) – is highly fragmented, with each EU institution having its own set of ethics standards and rules (only the Council lacks a dedicated regime). The latter are scattered across multiple legal sources, ranging from the EU Treaties to dedicated Rules of Procedure to Codes of Conduct and, in the case of EU officials, to EU Staff Regulations.

Second, each EU institution has its dedicated enforcement mechanism – characterised by self-policing (where Commissioners, officials and MEPs police one another in their respective systems) – to ensure the application of these different ethics standards. These range from ad hoc committees governing the application of the standards to the members of the European Parliament and Commission, to – in the case of EU officials – Appointed Authorities helped by Disciplinary Boards (not affected by the new Body) as well as, ultimately, the General Court of the EU (following the suppression of the EU Civil Service Tribunal) as well as the Court of Justice.

Third, the different ethics bodies have limited sanctioning powers for ethics-related breaches and – as high-

lighted by the EU Court of Auditors – they seldom use them. Sanctions differ in nature, from (i) reputational sanctions, such as calls to order and reprimands; (ii) organisational sanctions, such as relegations in step and downgrading for staff; (iii) irreversible ones such as the removal from post as well as (iv) financial decisions, such as temporary forfeiture of entitlement to the daily subsistence allowance for MEPs and the deprivation of the right to a pension or other benefits in the case of members of the Commission and staff. However, the limited and lax enforcement inevitably reduce the dissuasive effect attached to these sanctions.

Fourth, the EU ethics system is also characterised by little awareness among EU institutions' members and staff as well as limited guidance regarding the ethics standards applicable to them.

The EU Body for Ethical Standards

At first glance, the newly adopted Body does not appear well-placed to address any of the abovementioned structural shortcomings of the current system. The Body is expressly prohibited from deciding on individual cases (Art. 6(3)). As such, it is not set to replace all existing ethical authorities but merely complement their operation. Yet, a closer analysis reveals that the Body has been designed to play a more compelling role than what it might first appear. While its declared, lofty mandate consists of promoting a "common culture of ethics and transparency" among the participating institutions, its core task entails the development of "common minimum standards" for the conduct of the members of each institution. Within a record-time of 6-month from its establishment, the Body is expected to agree on common standards on some of the most contentious aspects of the EU ethics regimes applicable to members. Those include (in a non-exhaustive list): (i) declaration of financial and non-financial interests; (ii) external activities during the members' terms of office; (iii) gifts, hospitality and travel offered, as well as awards, prizes and honours; (iv) post-mandate activities as well as (v) *general procedures to ensure compliance* with those standards, including the composition, reporting and enforcement mechanisms (Art. 8(3), let. (a)).

This suggests that the participating EU institutions – from the Parliament, Commission, Council, European Central Bank, European Court of Auditors to the European Economic Social Committee and Committee of the Regions – have *de facto* delegated to the Body not only the definition of the standards applicable to their members (e.g. what is a conflict of interest) but also the modalities of their enforcement (e.g. how to verify the declarations of interest, how to examine individual cases of alleged conflict of interest, how to sanction a breach, etc). Upon their "formalisation in writing", each Institution is bound to self-assess its existing standards against the new ones, after those have been formalised in writing, and do so within a mandatory period of 4 months (Art. 8). This self-imposed requirement is however only procedural in nature, and not substantive. Therefore, if each institution is bound to periodically review its existing standards against new ones, their adoption may occur only "where each Party deems it appropriate" (Art. 10). Yet as the institution-by-institution self-assessment will be subject to the Body's authority and made public, one may reasonably expect that each EU participating institution might – under both institutional and public pressure – typically align itself with the new standards.

As a result, the Body's operation may lead to entirely redesign the EU ethics system, both in terms of standard-setting and enforcement mechanisms. This is expected to occur in less than one year from the Body's inception, which appears unlikely to happen before 2025.

Mixed Composition

The Body's composition foresees the participation of one representative by each Institution (at vice-president level or equivalent). As such, the Body is not independent from the very same institutions is supposed to advise. To partly remedy the Body's lack of independence, its members are assisted by five 'independent experts'. While acting as observers – not full members –, these experts – who are proposed and confirmed by consensus by all institutions – are tasked to advise the Body's members on "any ethical question related to the mandate of the body". Behind this rather vague expression hides a vast delegation of authority capable of turning the experts into the intellectual engine of the whole construct. First, upon the demand by any of the participating EU institution, the experts are entitled – unlike any of the Body's members – to provide advice on individual cases, based on applicable standards (Art. 7). Such an advice must be confidential and non-binding, and – in the absence of consensus among experts – may contain one or more dissenting opinion(s). Second, experts are also expected to play a role during the institution-by-institution self-assessment, by offering an

opinion – this time public – on the alignment of existing standards with the newly adopted one (Art. 7(3)). Third and last, experts may also be involved in future revisions of the minimum standards (recital 12; Art. 7(4)).

Conclusions

Historically, the genesis and evolution of the EU public ethics system can be seen as the by-product of a long and gradual series of reactive reforms to the political scandals of the day. The newly created "Interinstitutional Body for Ethical Standards", agreed on April 25, 2024 is no exception to such a trend.

Yet, as illustrated above, the creation of such a Body carries the potential to profoundly alter both the quality of the ethical standards and their enforcement on the participating institutions' members. This is due to the multiple functions entrusted to the Body.

First, the Body is set exercise a *standard-setting* function, in relation to both the development of ethical standards and their enforcement by each of the existing ethical authorities. Moreover, ethical standard-setting is a permanent, not temporary, task insofar as the Body is mandated to continuously upgrading the overall capacity and effectiveness of the EU ethics regimes of the participating institutions.

Second, despite the members of the Body being expressly prohibited from doing so, the Body through its independent experts may also play an *advisory* role in relation to individual cases. This can happen through the involvement of independent experts, who – unlike the members – are better placed to offer an independent opinion, and – as a result – promote an uniformed interpretation and application of the soon-to-be minimum common standards.

Third, the Body is also expected to raise awareness around the existence, promotion and respect of EU ethical standards, by acting as a forum where each of the existing institution-by-institution competent authority regularly gathers and exchanges. The ensuing socialisation of otherwise separated bodies will be unprecedent. This may in turn lead each of the participating institution to favour common approaches to concretise the application of the existing ethical obligations. This is not to suggest the need to pursue full harmonisation in the interpretation and application of ethical rules. The various ethical and integrity principles may and should vary considerably among the different categories of public office holders insofar as they have different powers, work in different institutions, are subject to different types of influence, enjoy a different degree of public scrutiny, and eventually operate in different organisational, institutional, political, and legal settings.

Against this backdrop, one of the Body's strengths is its facilitation role in promoting a more coherent, and effective practice without necessarily imposing a one-size-fit-all approach throughout all institutions and their members.

Yet, in the absence of accountability mechanisms that may be prompted by third parties – such as civil society organisations –, the new Body risks becoming yet another inter-institutional construct whose operation is left to the good will of the participating institutions. A glance at the EU Transparency Registry offers a cautionary tale on what any well-intentioned policymaker should avoid when turning the new Body into reality in the new 2024-2029 EU policy cycle.

Ester Herlin-Karnell

A "Me too" Movement in the Equestrian Arena?

doi: 10.59704/1898a6c66d20c8ec

"Never look a gift horse in the mouth" is a well-known saying, yet the proverb might recently have gained new meaning. Just before the recent World Cup finals in dressage and show jumping in Riyad, there were reports about horses with blue tongues in the dressage sport. These non-human athletes did not get enough air, presumably due to overly tight bridles and excessive pressure applied by their riders. Show jumping sport has also been the object of several investigations involving unethical methods, such as "rapping," an illegal method used to force horses to jump higher fences. Moreover, horse racing has been hit by scandals, as in 2024 two horses died at the Grand National at Aintree, causing animal advocacy groups to call for tougher safety measures.

Horses are an interesting category of animals to study, serving many roles: as sports companions, friends, and agricultural animals to keep the landscape open. The equestrian sport is currently in a crisis concerning adequate levels of animal protection. Apart from the horrible incidents mentioned above, in Denmark, for example, there have recently been two scandals with wide international ramifications involving the shocking practices of maltreating sports horses. The first one concerns a well-known international training stable where horses were starved to death and buried on-site without any permission from authorities or contact with veterinarians. The second involves a famous dressage stable and stallion owner whose staff used abusive training methods. The crucial question to ask is whether enough changes are being made to improve animal welfare in equestrian sports.

This blog post has three aims: first, to address the problem of animal abuse in equestrian sports and why it should constitute a breach of EU law and values beyond the limited terrain of market laws concerning agriculture rules or free movement. Secondly, the post will briefly assess the constitutional significance of the EU as an actor in these matters and its relationship to the Federation Equestrian International (FEI), the equestrian sports equivalence of FIFA. EU sports law literature almost exclusively focuses on football and basketball, overlooking equestrian sports with few exceptions (see, for example, my own attempt). This is unwise, as equestrian sports encompass many dimensions: animal welfare, animal-human relations, and gender equality, being the only truly equal sport where men and women compete in the same competitions. Thirdly, the blog post discusses how the EU could take a more active role in protecting animals as part of its sustainability agenda.

Animal welfare and EU constitutional law

In The Beast and the Sovereign, Derrida famously stated that "neither animals nor kings are subject to the law—the sovereign stands above it, while the beast falls outside". While the point of constitutional law *writ large* is exactly to ensure that not even the sovereign stands above all law, it is the case that animals largely fall outside the law in their own right. When it comes to the question of who protects animals, it seems that no one takes responsibility. The EU sustainability agenda and the European Green Deal could serve as a potentially important area for animal welfare to flourish. Indeed, one of the criticisms of sustainability is that it has not sufficiently included animals. The EU could play a leading role in this regard rather than leaving it to sports organizations. Animal rights and environmental matters often go hand in hand; therefore, there is scope to develop the European Union's sustainability agenda further. Although animals do not currently have standing in EU law, animal rights are highly relevant in EU law.

In EU law, animals are treated as part of agricultural matters within the internal market. The EU has legislation concerning, for example, animal feeding and animal welfare in relation to the internal market and consumer protection. There is also legislation on passports for pets and horses. However, civil society groups such as Eurogroup for Animals argue that the current EU rules are not sufficient for comprehensive, or even basic, animal wel-

fare. The current legislative framework expresses a predominantly instrumental approach to animals, treating them primarily as property.

What is needed is a discussion on the prospects of animal rights to become a part of Article 2 TEU and EU values, the rule of law, and the vision of interspecies justice, with animals being expressly mentioned in Article 2 TEU (which is not currently the case). Article 13 TFEU states that:

> In formulating and implementing the Union's agriculture, fisheries, transport, internal market, research and technological development, and space policies, the Union and the Member States shall, since animals are sentient beings, pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions, and regional heritage.

This is a sensitive area. Unlike cattle, horse flesh is not usually consumed according to religious slaughter rules. However, Article 13 TFEU presents contradictions, as it seems to give with one hand and take away with the other. Because of its ambiguous meaning, Article 13 TFEU has been called an empty victory for animal rights (see Katy Sowery).

A Good life for horses? An updated Code of Conduct

In response to the scandals mentioned above, the FEI has revised its code of conduct. The FEI "requires all those involved in international equestrian sport to adhere to the FEI Code of Conduct and to always acknowledge and accept that the welfare of the horse must be paramount." It is positive that something is changing for the better, but the problem is that this relates only to competition horses. Most national equestrian associations have adopted the same internal rules, but this is insufficient since training and abuse of animals outside of sport are left to domestic animal cruelty laws, which are often challenging to enforce. Additionally, the question remains why only competition horses should be protected.

Currently, the FEI acts like a quasi-legislator, implementing animal protection norms. However, the EU should be the actor in these matters. One could argue that the EU has a constitutional obligation to ensure that sentient beings – horses and other animals – are treated with respect. There is some legal infrastructure for this; Article 13 TEU mandates that animals, as sentient beings, be treated with respect. Additionally, Article 165(2) stipulates that the EU shall develop a European dimension in sport by promoting fairness. There can be no fairness in sports if animal abuse occurs.

The European Equestrian Groups and European Citizen initiative

A European branch of the FEI, the European Equestrian Federation, could play a crucial role in advocating for change. The European Federation's central vision is to "promote equestrian sport in a spirit of unity, solidarity, understanding and fair play, to safeguard the values of equestrianism, promote and protect ethical standards and good governance in European equestrianism". In a recent webinar hosted by the federation with sports representatives, President Theo Ploegmakers raised the question of what it takes to protect horses. The experts at the webinar concluded that there is a need for collective responsibility, the need to share best practices, and a shift in culture. Johan Fyrberg, President of the Swedish Equestrian Federation, even spoke of a "Me too" movement in the equestrian sport, encouraging witnesses to report horse abuse and not turn a blind eye.

Interestingly, a recent European Commission-approved Citizens' Initiative entitled "End The Horse Slaughter Age" calls for "a law to stop long-distance transportation of horses across Europe for slaughter and a regulation to protect horses from being compelled to do excess work or hard training". It is a very important development that horses are now being discussed in an EU institution. Incidentally, Ms Ursula van der Leyen, reportedly a horse lover herself, gave a speech at a European Horse Network where she outlined EU policies that present opportunities for the horse industry, including agriculture, green tourism, *NextGenerationEU* and the Green Deal. The Green Deal arguably incorporates both the idea of green and fair sport as well as sustainability concerns as a possible avenue for increased EU action in these matters.

Conclusion

Currently, animal protection is not sufficiently harmonized and enforced in the EU, but there are reasons to be hopeful. The EU should take the lead and require member States to implement comprehensive animal protection systems, including both criminal laws and administrative measures. This is not only a matter for the internal market and agricultural rules but also touches upon the EU's sustainability agenda and its green commitments. Animal rights could also be considered an EU value in itself. Leaving such matters to sports organizations overlooks the need to protect horses not involved in organized and official competitions. Key issues include balancing animal protection, EU values, sustainability, and the quasi-legislation adopted by national and international sports organizations. The EU clearly states that animals are sentient beings (Art 13 TEU). However, the judiciary may also need to take a more active role. The dynamic case law on climate law litigation might be useful as an inspiration where animals and their rights should arguably be seen as part of the "EU's ecosystem". The EU institutions could further develop the sustainability agenda, animal rights, and the notion of green sport and animal welfare as important EU principles.

Empirical research has shown that horses play a central role in both preserving and shaping landscapes and contributing to human well-being. Ideally, the idea of a "good life" for humans should also apply to animals themselves, with humans acting as fiduciaries to ensure animal well-being. These questions are too important to leave solely to sports organizations. The EU should guide member states in creating a sustainable future for both human and non-human animals alike.

Zuzana Vikarská, Sarah Ouředníčková

The New Transgender Ruling in Czechia

From Ignorance to Responsiveness

doi: 10.59704/ca70076fb19d8f93

In a recent decision in the case of *N.G.* (Pl. ÚS 52/23), the Czech Constitutional Court (CCC) addressed the pressing issue of trans persons' rights, more specifically the requirements for legal gender reassignment, involving (often involuntary) sterilisation and castration. When compared to the earlier decision in *T.H.* (Pl. ÚS 2/20), the new ruling represents a major shift. In fact, the CCC changed its legal position by 180 degrees, giving preference to protecting individual rights over deferring to the legislator's choices. This new approach of the CCC presents an example of responsive judicial review, a tendency which we hope to see more frequently now that the CCC entered into its fourth decade, with a wave of new judicial appointments.

In this blogpost, we first provide a brief summary of the CCC's argumentation in *N.G.* Then, we scrutinise the judgment in light of our analysis of the *T.H.* case as 'evasive, insensitive, ignorant, and political', reaching the conclusion that the CCC's approach to trans rights in *N.G.* is no longer evasive, insensitive nor ignorant, but still (inevitably) political. Lastly, we offer a critique of the delayed implementation of the judgment.

A brief summary of the CCC's argumentation

On the merits, the CCC presented its arguments in three stages.

Firstly (paras 67-74), the CCC explained that the Czech legal order gives a trans person two choices: either they decide to undergo an invasive surgery (castration and sterilisation), or they accept that the state will not recognise their gender identity. While the first choice amounts to a serious interference with a person's physical integrity, the second option interferes with their self-determination, personal autonomy and privacy.

Secondly (paras 75-81), the CCC identified the concern that gender reassignment should not be arbitrary, depending on one's mood. In general, the state might see a legitimate aim in documenting whether individuals are men or women, and in setting out criteria for gender reassignment 'so that the status of an individual is clear and that this status remains authentic'. The CCC recognised two prongs of this legitimate aim: the existence of 'objective biological features' corresponding to a person's gender registered by the state, and 'traditional understanding of parenthood'.

Thirdly (paras 82-93), despite possibly pursuing a legitimate aim, the requirement of sterilisation and castration is 'in direct contradiction with a fundamental right of trans persons to the protection of their physical integrity and personal autonomy, mostly because it violates their human dignity.' The challenged legal provisions treat trans persons as objects, not as humans, as they do not allow individual assessment. This is 'clearly disproportionate'. The aim can be achieved by less invasive means, such as a medical diagnosis by several independent specialist sexologists, supplemented by a time test. Furthermore, plastic surgery of a person's intimate zones is not even suitable to achieve the aim since one's genitals are not exposed in normal interpersonal contact. With regard to sterilisation, the CCC also briefly observed that the state has no right to treat a person's reproductive function in such an instrumental way as to deprive them of the possibility of becoming a parent without that person having made such a decision.

In conclusion (paras 103-112), the CCC underscored its commitment to the principle of minimal interference in the Parliament's role and delayed the effects of its ruling by more than one year, quashing the problematic legal provisions with effect from July 2025 while refraining from prescribing specific methods for the legislator to regulate future conditions for gender reassignment.

A fundamental transformation in only two years

The CCC's ruling in *N.G.* seems as if it was issued by an entirely different court than the one which ruled in *T.H.* – and rightly so. Between the two decisions, the terms of 9 (out of 15) constitutional justices expired and the institution was rejuvenated by a new generation of justices. Of the 14 judges who decided *T.H.* in March 2022 (the ca-

se was decided *en banc* but one of the 15 judges was on holidays), only 6 sat in the composition that decided *N.G.* in May 2024. As we argue below, the CCC appears to have taken a new breath which is evident both in the substance of its rulings and in its communication with the public.

No longer evasive…

The CCC distinguished between the two cases on gender reassignment by emphasising that while *T.H.* was non-binary, *N.G.* is a trans person seeking full gender reassignment. Although this distinction is not incorrect, we argue that it alone would not explain the markedly different legal stance of the CCC. The two cases posed the same legal questions; yet, whereas the previous composition of the CCC avoided addressing the core issues of the dispute, the new composition tackled them head-on. Therefore, we are persuaded that the reason for the U-turn lies in the changed composition of the CCC, rather than a minor difference in the facts.

We also find it interesting how openly the 'new' CCC addresses the topic of the binding force of precedent. In another recent case (Pl. ÚS 27/22), the CCC based its argumentation *inter alia* on the 'inherent value of stability of case law'. In response, a group of dissenting judges suggested that while stability of case law is certainly an important constitutional value, sometimes other constitutional values may prevail and allow a legitimate departure from precedent.

In *N.G.*, the question as to whether the decision in *T.H.* prevented the CCC from reopening the discussion on gender reassignment was framed as one of *res iudicata*, rather than one of *precedent*. The CCC, while acknowledging the constitutional importance of the stability of its case law, recalled that the decision in *T.H.* was made by a so-called 'relevant minority' (of only 6 judges out of 14, as we explained previously) and therefore cannot bind the court as strongly as plenary rulings adopted by a qualified majority (paras 46-47). Although this claim may be controversial, we applaud the openness and we argue that such an explicit and discursive approach to judicial decision-making is preferable to the evasive and cryptical style of the previous CCC (or of the CJEU, as Daniel Sarmiento recently pointed out).

No longer insensitive…

Two years ago, the CCC referred to *T.H.* using masculine grammatical forms, despite the applicant's use of female language forms in her/their communications with the court. The change in tone becomes apparent when the new ruling in *N.G.* refers to the findings in *T.H.*: it almost seems as if the new CCC wanted to highlight the difference, combining direct quotes from *T.H.* (using masculine form) with its own summaries and commentaries (using feminine form). In relation to *N.G.,* the CCC showed empathy and although *N.G.* is still legally recorded as a woman in state records, the CCC addressed him using masculine forms.

Regarding the style of language more generally, the judgment in *N.G.* is also significantly simpler than that in *T.H.* This appears to reflect a broader trend: the CCC now seems to pay more attention to being understandable to the applicants and wider public. Remarkably, for the first time in its history, the CCC supplemented its decision with a Q&A document, succinctly explaining the conclusions in just two pages and in very simple language.

No longer ignorant (of ECtHR case law)…

The decision in *N.G.* marked a noticeable departure from *T.H.* by engaging more fittingly with the ECtHR jurisprudence. For more than a decade now, the ECtHR has consistently ruled against compulsory sterilisation for gender reassignment as a violation of Article 8 of the Convention. The CCC's newly established alignment with this view in *N.G.* is a pivotal step towards harmonising its jurisprudence with broader European standards. This is especially important for two reasons.

First, it is a noticeable departure from the CCC's previous approach to LGBTQ+ rights, in which the CCC has not engaged properly with ECtHR case law. It has typically included it in its judgments, but not engaged with it and not explained why, sometimes directly contravening ECtHR's conclusions. Also in *T.H.*, the CCC did not deal with the relevant ECtHR case law and only noted that it 'has considerable doubts about the transferability of some of the conclusions of the ECtHR regarding gender to the environment of the Czech legal system,' without any explanation. The CCC's engagement with ECtHR case law in *N.G.* is a welcome turnaround towards better observance of rights and obligations under the ECHR.

Secondly, this turnaround holds significant potential for LGTBQ+ rights in Czechia, which are still limited, despite the recently passed bill on same-sex partnerships. ECtHR's case law has played a pivotal role in advancing LGTBQ+ rights across Europe, hugely due to the interpretative force of its judgments. It was under the influence of ECtHR and CJEU case law that CCC's counterparts in neighbouring Germany and Austria be-

gan overcoming their previously conservative and narrow treatment of LGTBQ+ people's rights. For example, the BVerfG's case law regarding LGTBQ+ rights, specifically same-sex partnerships and families, had a rather formalistic and conservative phase, relying on the privileging of heterosexual marriage. From 2008, the Court entered a more progressive phase, applying much stricter standards of review and dismantling one restriction after the other. The change of perspective was initiated by the CJEU in *Maruko*, and some even consider this to be the main cause of the change. Under the influence of the CJEU and ECtHR, BVerfG started playing a central role in advancing the rights of same-sex couples, but also trans people. One could cautiously hope that perhaps *N.G.* might mark a similar turning point for the CCC.

…but still political.

The only adjective that remains is 'political'. In fact, a ruling on such an important policy matter cannot avoid being political. No matter what the conclusion, the case represents an example of *mega-politics,* and by reviewing legislators' choices, the CCC gets involved in political activity.

This is where the concept of 'responsive judicial review' (RJR) of Ros Dixon offers a very attractive framing. RJR argues for giving courts a role in the process of democratic constitutional deliberation, as even relatively well-functioning legislative processes are subject to various forms of dysfunction. It centres on the importance of judicial review being responsive to both majoritarian constitutional understandings and minority rights claims by countering three types of democratic dysfunction: anti-democratic monopoly, democratic blind spots and democratic burdens of inertia. Dixon argues that judgments expanding LGBTQ+ rights respond to complex forms of legislative inertia, i.e. legislators consistently neglecting issues of minorities as they prioritise issues of greatest concern to the majority and/or try to avoid controversial issues that are likely to divide their own party. According to RJR, judicial interference countering burdens of inertia can be politically legitimate, among others, where they are designed to counter a serious and irreversible risk to human dignity, individual rights or systemic or persistent forms of state failure.

The strict conditions of gender reassignment present burdens of inertia. In *N.G.*, the CCC addressed the legislative inertia that had previously hampered the rights of transgender individuals to change their legal gender. The Court's intervention is politically legitimate as it counters a serious and irreversible risk to human dignity and individual rights, which mandatory sterilisation presents. On persistent state failure, the CCC noted that the Parliament had failed to address the issue, despite many opportunities (para 105-108). The CCC underscored its own role as a 'catalyst of democratic discussion where it has not yet taken place or where it has been dysfunctional for a long time' (para 108). This is in line with the responsive role of judicial review when legislative bodies fail to address crucial human rights issues. The CCC's responsiveness in *N.G.* is an important change.

Conclusion: a progressive step with reserved cautions

The decision in *N.H.* is a commendable progression in the recognition and protection of trans persons' rights. It reflects a growing awareness of the need for courts to respond to legislative deficiencies and protect fundamental rights against outdated and discriminatory legal frameworks. It might potentially mark a turning point in CCC's approach to LGBTQ+ rights, though it remains to be seen whether the CCC will act similarly in situations where there is less severe and irreversible harm at stake. That the CCC decided to delay the effects of its ruling, quashing the problematic legal provisions with effect from July 2025, leaves room for further improvement, though. The postponement supposedly aims to ensure effective protection of the fundamental rights of trans people and preserve legal certainty and the stability of the legal order. However, as the CCC itself pointed out (para 109), there was a way to interpret the problematic provision as merely requiring a medical certificate, hence legal certainty, the stability of the legal order and effective protection of rights of trans people needn't be affected. It wouldn't be the first time a CCC's judgment quashing legislation would take immediate effect.

Yet, even if there were a risk to legal certainty and stability, these arguments are outweighed by the serious and irreversible harm to bodily integrity, human dignity and personal autonomy. (This was the argument of the BVerfG – on which the CCC is modelled – when quashing mandatory sterilisation of trans people with immediate effect.) The dissenting opinion by Judge Hulmák also highlights the urgency of providing immediate relief to the affected individuals, criticizing the majority's cautious approach. We conclude that effective protection of trans persons' fundamental rights required an immedia-

te quashing, not a delayed implementation, as the CCC paradoxically argued

As the Czech legal landscape continues to evolve, it remains to be seen how changes in the law will shape the lived realities of transgender individuals seeking to align their legal identities with their lived experiences.

Thalia Viveros-Uehara

La Oroya and Inter-American Innovations on the Right to a Healthy Environment

doi: 10.59704/bc45e4a6c6e822d6

For the first time in its 50-year history, the Inter-American Court of Human Rights (the Court) established standards for the right to a healthy environment in a contentious case that did not involve Indigenous peoples. In La Oroya v. Peru, the Court declared Peru responsible for violating several rights, including the right to a healthy environment, due to the environmental degradation and health crises in La Oroya—one of the world's most polluted cities.

Several innovations arise from this judgment, which have been discussed here, here, and here. Specifically, regarding the right to a healthy environment, the Court addresses for the first time pollution in air, water, and soil—marking a departure from previous cases that primarily focused on communal property rights and deforestation—and even goes as far as to refer to the right to a healthy environment as *jus cogens*. Additional innovations include the establishment of standards for State and corporate due diligence, as well as collective reparations.

This post argues that such innovations would have not been possible without the ever-expanding horizon of Inter-American case law and approaches, which have distinctively flourished through dialogue with supranational and domestic courts, as well as a vibrant ecosystem of communities of practice in human rights in the region. After briefly introducing (1) the case background, the innovations will be explored in the decision's (2) preliminary objections and merits and reparations, situating them within the Inter-American practice, and concluding with a reflection on (3) the outstanding challenges.

A Century of Pollution Reaches the Court: Case Background, Facts, and Procedure

Located in Peru's Central Highlands, the La Oroya district has faced a century of environmental degradation and health crises due to the operations of the La Oroya Metallurgical Complex (CMLO). Established in 1922 by the US-owned Cerro de Pasco Copper Corporation, the complex has changed hands multiple times—nationalized in 1974 and privatized in 1997 to the US-based Doe Run. Yet, it has consistently emitted a harmful mix of heavy metals and other pollutants, severely impacting the health of its over 33,000 residents (para. 67). In 2006, these emissions earned La Oroya the reputation of being one of the world's most polluted cities.

The path to the Inter-American Court began in December 2006, when the Inter-American Association for Environmental Defense (AIDA), Earth Justice, and the *Asociación Pro Derechos Humanos* (the representatives) lodged a petition with the Inter-American Commission on Human Rights (the Commission) on behalf of residents of La Oroya. This move came after exhausting domestic remedies, prompted by the Peruvian government's failure to comply with the May 2006 ruling of Peru's Constitutional Tribunal—which had ordered remedial measures to address violations related to the rights to health and the environment of the inhabitants of La Oroya.

In November 2020, the Commission issued its Merits Report No. 330/20, in which it concluded that Peru was responsible for violations of several rights and recommended that the State implement a series of reparatory measures for the residents of La Oroya. As Peru failed to report on the implementation of these measures, the Commission decided to refer the case to the Court in September 2021.

In its pleadings, the Commission argued that Peru's failure to establish a clear regulatory framework, enforce oversight, and impose sanctions enabled the CMLO to produce high levels of pollution. This, the Commission contended, violated several articles of the American Convention on Human Rights (the Convention): 4.1 (right to life), 5.1 (right to personal integrity), 13.1 (right to access information), 19 (rights of the child), 23.1.a (right to participate in government), and 26 (progressive realization of economic, social, and cultural rights), to the detriment of 80 victims, including 23 children at the time of the initial petition. The representatives also emphasized

that the rights to life and personal integrity of women, pregnant women, and the elderly were particularly compromised.

Peru denied any international responsibility, asserting that following a 2006 ruling by the country's Constitutional Tribunal, it had taken measures to reduce environmental pollution and enhance the participation of interested parties in environmental decision-making. Additionally, Peru contested any causal link between the environmental conditions in La Oroya and the resultant fatalities and detrimental health conditions.

The Court delivered its judgment within two years, a period during which it held a public hearing outside its San José headquarters, in October 2022, in Montevideo, Uruguay. It received 17 amici curiae briefs from civil society groups and academic institutions—more than in previous environmental-related contentious cases, such as Sarayaku v. Ecuador (2012) and Lhaka Honhat v. Argentina (2020), which received 9 and 8 briefs respectively.

Inter-American Innovations on the Right to a Healthy Environment

Preliminary Objections: Direct Enforceability under the American Convention and Collective Scope

Among the preliminary objections raised by the respondent State, Peru argued that the direct enforceability of the rights to health and a healthy environment under Article 26 of the Convention was not legally supported. The Court rejected this objection, reaffirming its consistent practice of interpreting the Convention in a systematic and evolutionary manner (para. 25) in light of other relevant treaties and norms (para. 26). It cited its ruling in Lhaka Honhat v. Argentina and its Advisory Opinion OC-23/17 on the Environment and Human Rights, as these decisions mark a turning point in the Court's jurisprudential development by recognizing the right to a healthy environment as an autonomous right under Article 26. Previously, the Court had only acknowledged this right indirectly, mainly in relation to collective property rights of Indigenous peoples (Article 21).

Furthermore, Peru urged the dismissal of the representative's claims regarding collective damages beyond individuals listed in the Commission's Merits Report. The Court also rejected this consideration. Referencing OC-23/17 (para. 59), the Court highlighted that since the right to a healthy environment embodies both collective and individual connotations, violations of this right likely extend beyond the individuals explicitly indicated by the Commission, impacting the broader community in La Oroya.

Merits and Reparations: Pollution, Due Diligence, and Collective Reparations

A groundbreaking aspect of this ruling is its focus on a previously underemphasized issue: pollution (whereas previous case law primarily addressed natural resource extraction in communal lands of Indigenous peoples). In establishing the State's responsibility for violating the right to a healthy environment, the Court's analysis focused on two main controversies revolving around this issue: firstly, whether the pollution from CMLO constituted a significant risk for the environment; and secondly, whether Peru fulfilled its obligations—both substantive and procedural—related to the right to a healthy environment (para. 154), including evaluating Peru's efforts towards the progressive realization of this right, aimed at preventing such pollution.

The Court found that CMLO's activities led to dangerously high pollution levels in the air, water, and soil—compartments the Court deemed integral to the environment, finding support in decisions from the Supreme Court of Mexico and the Constitutional Court of Colombia (para. 118). Drawing on scientific data from government and civil society organizations—the National Office for the Evaluation of Natural Resources (1986) and CooperAcción (2000)—it was evident that Peru had been aware of the risks to such environmental compartments since 1981, the year it recognized the Court's contentious jurisdiction.

A second innovative element of the decision arose in the Court's examination of Peru's fulfillment of substantive obligations, particularly in the application of the due diligence standard, which it interpreted in light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP) (para. 111). Previous cases had provided content to this standard toward private entities, but never with such depth in environmental matters. As CMLO shifted from state management (1981-1997) to private ownership, which continues to the present, the Court emphasized that obligations under Article 1.1 of the Convention—to respect and guarantee rights—require States to prevent activities within their jurisdiction from causing si-

gnificant environmental damage, applying this requirement to both public and private entities. In interpreting this in light of the prevention principle, the Court concluded that, to fulfill this due diligence standard, Peru should have adequately regulated, overseen, and monitored the CMLO operations (para. 157).

The Court found that the absence of specific environmental protection legislation related to mining-metallurgical activities until 1993 constituted a breach of the duty to regulate. Furthermore, although it was established that the State eventually took steps to supervise and monitor CMLO's activities to reduce environmental damage, the Court highlighted that more effective measures were only implemented after 2010—decades after the recognition of severe pollution in La Oroya. Legislative reports confirmed that efforts prior to 2010 were insufficient and inadequate, allowing the continued release of pollutants despite known detrimental impacts on air, water, and soil.

In its analysis of procedural duties under the right to a healthy environment, the Court emphasized the importance of access to information and political participation. It noted that the Escazú Agreement, which strengthens these aspects, has not been ratified by Peru. The Court anchored its analysis in Articles 13 and 23 of the American Convention—freedom of expression and political rights—rather than directly linking these rights to a right to a healthy environment. It highlighted that prior to 2003, the State failed to inform the citizens of La Oroya about severe health risks related to pollution, and that subsequent actions overlooked the specific hazards posed by emissions from the CMLO (para. 253). While some initiatives were introduced to involve the community in environmental decision-making, the Court found no evidence that these measures gave the victims a meaningful voice or influence over policy (para. 260).

Regarding the progressive realization of the right to a healthy environment, the Court noted that Peru's decision in 2017 to relax air quality standards—from 20 µg/m³ to 250 µg/m³ of sulfur dioxide over a 24-hour period—was made without adequate justification and disregarded the precautionary principle. By acquiescing to this 'regulatory chill'—symptomatic of an *extractivist* international investment system, as noted by David Boyd—the Court determined that Peru failed to fulfill its duty of progressively developing the right to a healthy environment (para. 187).

A third legal milestone introduced by this ruling is the collective scope of certain reparations. Building upon the already distinctive character of the Court's integral reparations—which entail guarantees of restitution, rehabilitation, satisfaction, non-repetition, and compensation—the inclusion of nine measures within the guarantees of non-repetition is a novel addition. These initiatives are aimed not only specifically at the victims but also broadly at the residents of La Oroya. They involve actions with structural effects as they imply regulatory improvements in air quality standards and monitoring infrastructure, as well as enhancements in the capacities and infrastructure for monitoring air, soil, and water quality. They include the training of judicial and administrative officials to facilitate the application of the due diligence standard and implement environmental restoration and compensation plans, thereby benefiting La Oroya as a whole. Furthermore, the ruling involves private operators by calling on the State to ensure their compliance with the UNGP.

Lastly, but certainly not least, the Court's reference to environmental protection as a *jus cogens* norm is revolutionary, as no other international court or treaty body has made such a suggestion. This would elevate the prohibition of illicit or arbitrary actions causing severe, lasting, and irreversible environmental damage to a non-derogable, universal principle, akin to the prohibitions of genocide, slavery, and crimes against humanity. Justices Ricardo Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, and Rodrigo Mudrovitsch, in their concurring opinion, further delve into this reference, arguing that the elements of customary international law—*usus* (material element) and *opinio juris* (psychological element)—are evident for the right to a healthy environment. They consider that the former element is demonstrated by numerous international instruments, such as the 1972 Stockholm Conference and the 1992 Rio Conference, as well as the domestic constitutions of several States recognizing such a right. The UN Resolution 76/300 of 2022 on the human right to a clean, healthy, and sustainable environment, adopted by the majority of members of the international community, the justices consider, reflects the latter element.

New Horizons, Unsettled Legal Challenges

As this post maps, the justice this ruling delivers to the victims and residents of La Oroya, as well as its potential for broader environmental and climate protection

in the Americas (see the post by Verena Kahl and José Rodríguez-Orúe), could not have been realized without two defining characteristics of the Inter-American system: the evolving trajectory of the Court's jurisprudence over the past 50 years, and its practice of open dialogue with the region's domestic courts and civil society organizations. Yet, its place in the annals of history remains a topic of debate.

Within the Court, formalistic arguments continue to challenge the interpretation of the right to a healthy environment as an independent right directly enforceable under Article 26 of the Convention, as evidenced by the two partial dissenting opinions from Justices Humberto A. Sierra Porto y Patricia Pérez Goldberg. Moreover, it remains unresolved whether this ruling will lead to the technically and financially burdensome clean-ups of damages caused by past conducts being shouldered not only by an already strained State or small economic actors but by the affluent transnational corporation whose misconduct remains largely unpunished. This issue persists despite the Court mandating that the State require mining titleholders to compensate for environmental damages in adherence to the "polluter pays" principle. The case of Doe Run Peru starkly illustrates this conundrum: After declaring bankruptcy in 2009, the company transferred its assets to its workers in La Oroya as labor creditors. This maneuver leaves substantial foreign-owned wealth—potentially useful for funding costly remedial actions—out of the Court's and the State's reach, and the costs of environmental remediation to the new, financially compromised worker-creditors.

Compliance with and implementation of reparations will undoubtedly present formidable challenges, making the vigilance and proactive involvement of advocacy communities as crucial as ever.

As part of a collaborative alliance to enhance accessibility, a Spanish version of this article is available on Agenda Estado de Derecho.

This publication was supported by the TransLitigate project (ERC-2021-STG 101039648), funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

Verena Kahl, José Daniel Rodríguez-Orúe

Upgrading Environmental Rights

La Oroya and its Significance for a Safer Climate

doi: 10.59704/338b9747711a34e6

2024 signifies a watershed moment in human rights and climate change law, as landmark decisions of regional and international courts will clarify states' obligations in light of the ongoing climate emergency. Just recently, the European Court of Human Rights (ECtHR) handed down the first climate decisions in its history (see here, here, and here as well as corresponding discussion here and here). Among three advisory proceedings pending before international judicial institutions is the request for an advisory opinion submitted by Chile and Colombia to the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the climate emergency and human rights. The landmark decision, which – after the unsuccessful Inuit petition lodged with the Inter-American Commission in 2005 – will be the first opportunity for the Court to deal with State obligations under the American Convention on Human Rights (ACHR) in the context of climate change, is projected to rely heavily on the IACtHR's robust environmental case law.

On March 22nd, 2024, the Court published an important addition to this environmental jurisprudence. In *Community of La Oroya v. Peru* the IACtHR for the first time found a violation of the autonomous right to a healthy environment (RtHE) in a non-indigenous context related to the long-lasting environmental contamination of a community by toxic substances (for discussions on the case and its main innovations see here, here, here, here and here). The present contribution[1] will present the Court's main findings under the RtHE, focussing particularly on the new developments since *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* (AO-23) and *Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*. In a second step, we will address how these developments may contribute to shape member States' obligations in the context of climate change.

New developments since AO-23 and Lhaka Honhat Association with respect to the RtHE

The RtHE forms an integral part of autonomous justiciable rights established under the American Convention since the IACtHR's decision in *Lhaka Honhat Association*, which built on AO-23 as a door-opener for deriving the RtHE from article 26 ACHR. In *La Oroya* the IACtHR sticks to an ecocentric vision as adopted in AO-23, describing the environment as a "universal value", so that the RtHE "protects the components of the environment, such as forests, rivers and seas, as legal interests in themselves, even in the absence of the certainty or evidence of a risk to individuals." (para. 118, see also AO- 23, paras. 59, 62). In *La Oroya*, the Court similarly emphasized that "States are obliged to protect nature not only because of its usefulness or effects, but because of their importance to the other living organisms with which we share the planet." (para. 118, see also AO-23, para. 62).

Substantive Elements of the RtHE

In the middle of these previously established standards, the Court introduces something new, a concretization of the RtHE's components. While repeating that this right is composed of different procedural and substantive elements, the IACtHR underscored that the substantive elements included, inter alia, air, water, food, the ecosystem and the climate. Defining the elements of the RtHE is crucial for the radius of protection the right guarantees, a right which has, despite its widespread recognition, often remained a kind of "black box" with challenges for its implementation. All of the non-exhaustive elements listed by the Court are either components of the environment itself, like air (atmosphere), water (hydrosphere) or the ecosystem (biosphere), or constitute sub-components that can be attributed to one of the environmental ele-

[1] At the date of publication of the present contribution, no official English translation of the decision was available. All translations reproduced in this text were therefore made by the authors themselves. They therefore accept full responsibility for any errors that may have occurred in the translation process.

ments.

Rights to clean air and clean water

Even more concretely, the Court noted that air and water pollution may have detrimental effects for a healthy and sustainable environment, as the deposit of pollutants may affect aquatic ecosystems, flora and fauna as well as the soil through the alteration of their composition, with negative consequences for people's health and living conditions (see para. 119). From this the IACtHR inferred that individuals have the right to breathe air "whose pollution levels do not constitute a significant risk to the enjoyment of their human rights, particularly the right to a healthy environment, health, personal integrity and life." (para. 120). The Court made clear that the right to breathe clean air is a substantive element of the RtHE, establishing for the very first time the right to breathe clean air as a sub-right of the RtHE. It further shows the interconnectedness of several conventional rights in the area of environmental pollution.

In particular, States are obliged under the RtHE to:

> "a) establish laws, regulations and policies that regulate air quality standards that do not constitute health risks;
>
> b) monitor air quality and inform the population of possible health risks;
>
> c) carry out action plans to control air quality that include the identification of the main sources of air pollution, and implement measures to enforce air quality standards." (ibid.)

In a very similar manner, the Court further established people's right to water "that is free from levels of contamination that constitute a significant risk to the enjoyment of their human rights", referring particularly to the RtHE and the rights to health and life (para. 121). In the area of water protection, the RtHE requires States to:

> "a) design norms and policies that define water quality standards and, in particular, in treated and wastewater that are compatible with human and ecosystem health;
>
> b) monitor contamination levels of water bodies and, if applicable, report possible risks to human and ecosystem health;
>
> c) make plans and [...] undertake any practice with the aim of controlling water quality, including the identification of the main causes of contamination;
>
> d) implement measures to enforce water quality standards; and
>
> e) adopt actions to ensure the sustainable management of water resources."

The standards, plans and control measures designed by States under both the right to clean air and the right to water must adhere to "the best available science" as well as be in accordance with the criteria of "availability, accessibility, sustainability, quality and adaptability [...]." (paras. 120, 121).

With regard to the right to water, the Court emphasized that while there is "a close relationship between the right to water as a substantive facet of the right to a healthy environment and the right to water as an autonomous right", differences existed, meaning that a violation of one right does not necessarily imply the violation of the other (para. 124). The IACtHR differentiated between the two rights based on their distinct protective orientation: The right to water under the RtHE followed an ecocentric vision, protecting water as a universal value for all living organisms, while the right to drinking water and sanitation rather adopts an anthropocentric vision, focused on the significance of water for human survival (see ibid.). Although this clarification is both helpful and necessary in light of the development of a new water right under the RtHE, doubts may remain whether the standards established by the Court under the RtHE in the present case do not pursue an anthropocentric approach to protection after all, so that a certain confusion regarding the two water rights may persist.

Positive Obligations of Prevention and Precaution

In addition, the Court established that the principle of prevention also applies to the rights to clean air and water, resorting to well-known standards consolidated in AO-23 and *Lhaka Honhat Association*. It therefore restated that under certain circumstances States are obliged to supervise and oversee certain activities to protect human rights from harm that originates from the actions of public entities and private persons (para. 125). This obligation of conduct, which requires measures *ex ante* before the harm has occurred, applies particularly in cases

of potentially harmful activities (see ibid.). States must therefore "a) regulate; b) supervise and monitor; c) require and approve environmental impact assessments; d) establish contingency plans, and e) mitigate, when environmental damage has occurred (ibid., see also AO-23, para. 145)." Regarding the duty to regulate, the Court held that States must regulate businesses to ensure that their activities do not cause or contribute to human rights violations and that companies rectify such violations (para. 111). Therefore, both public and private entities must act under a standard of due diligence to prevent environmental harm (para. 157, for a detailed analysis on the Court's standard on due diligence of private entities see here).

With regard to the precautionary principle, the Court underscored that States must adhere to this principle to protect the right to life, personal integrity and – as an important addition – the right to health (para. 127, see also para. 207). In this regard, the Court found that "the absence of scientific certainty about the specific effects that environmental pollution may have on human health cannot be a reason for States to postpone or avoid adopting preventive measures, nor can it be invoked as a justification for the failure to adopt general protective measures for the population". (para. 207). Even though the IACtHR elaborated on the precautionary principle in the realm of the RtHE, it explicitly connected the obligations emanating from this principle to other rights only. Nonetheless, in light of the principles' clear environmental protection objective, it stands to reason that the obligations emanating from it should also apply under the RtHE itself.

Causality and Burden of Proof

The Court further clarified its standard for determining a causal nexus between a polluting activity and a violation of the right to health. According to the IACtHR, it is not necessary to demonstrate direct causality between the diseases acquired and exposure to the pollutants, provided that: a) a risk to health by a specific polluting activity has been demonstrated; b) individuals were exposed to such pollution under conditions that posed a risk, and c) the State is responsible for not complying with its duty to prevent such pollution (para. 204). In these cases, to establish State responsibility it is sufficient if the State allowed the existence of pollution levels that posed a significant risk to human health and individuals were actually exposed to this contamination in such a way that their health was at risk. In any case, "it would be up to the State to demonstrate that it was not responsible for the high levels of pollution and that this did not constitute a significant risk to the individuals" (para. 204).

The IACtHR therefore followed the example of less strict causality requirements as established by the ECtHR (see here), while shifting the burden of proof to the State concerning the causation of high levels of pollution and the corresponding significant risk. This important concretization of causality requirements may foreshadow generous standards with regard to complex causality chains in the context of climate change, where a shift of the burden of proof would be equally valuable for claimants.

Intergenerational Equity

In its judgment, the Court drew upon its AO-23 to further develop the principle of intergenerational equity by tethering it both to the precautionary principle and the best interest of the child.

Regarding precaution, the Court noted that intergenerational equity demands that States develop environmental policies, which promote stable environmental conditions that allow future generations to enjoy similar opportunities for development and viability of life (para. 128). Therefore, the RtHE is conceived as a "universal interest owed to present and future generations" (para. 141). This, in turn, may indicate that the IACtHR considers the preservation of the environment for future generations a justiciable obligation under the RtHE. This reference to intergenerational equity could lead to new landmark developments for future-oriented claims in the Court's following case law.

In addition, the Court tied intergenerational equity to the best interest of the child. Given children's special vulnerability to environmental harm, the IACtHR underscored that States have to prevent polluting activities from impacting children's rights, "as they will be most affected by the current and future consequences of environmental damage". Therefore, States must act under a stringent standard of due diligence and ensure that the risks do not persist (paras. 142). Importantly, the Court further emphasized that States have an enhanced duty to protect children against health risks posed by the emission of gases that contribute to climate change (para. 143).

Non-regression in environmental protection

In *La Oroya*, the Court concluded that Peru's amendment of air quality standards related to sulfur dioxide was a regressive measure regarding the protection of the RtHE. Peru had previously established that the WHO's air quality standard was the guideline for setting the maximum standard to assess environmental and health risks. Nevertheless, the State later raised the maximum permissible emissions of sulfur dioxide in a manner incompatible with WHO standards. This regression in air quality standards required careful consideration, justified in reference to the totality of rights, within the context of the maximum utilization of resources available to the State (paras. 186 et seq.). This inclusion of the non-regression principle into environmental protection may very well rub off on future standards of climate protection, particularly with regard to domestic regulation of mitigation measures.

The significance of the findings on the RtHE for climate protection

While the specification of the RtHE is in itself a huge progress for human rights protection in the context of environmental pollution, the significance of these developments extends far beyond the decision itself. The new parameters established in *La Oroya* will have considerable influence on environmental and climate litigation in the Inter-American Human Rights System and in the Court's upcoming Advisory Opinion on the climate emergency and human rights.

In particular, the specification of the RtHE's elements as well as the derivation of new sub-rights to clean air and water may foreshadow the standards to be developed by the Court in the context of the climate crisis. As the climate is considered a substantive element of the RtHE, it is – in a consistent continuation of the jurisprudential standards set in *La Oroya* – possible that the IACtHR recognizes a right to a safe climate as a sub-right of the RtHE with corresponding obligations. This would be a revolutionary development, as no human rights treaty or monitoring body has recognized an independent human right to a safe climate yet. If the Court proceeds in this sense, it would further stand to reason that the obligations under such a right to a safe climate also require measures that are in accordance with the "best available science" and adhere to the principles of prevention and precaution.

Furthermore, as the principle of intergenerational equity plays an important role in the distribution of climate change-related burdens between present and future generations, the Court could further develop its reasoning on State duties to protect future generations from climate change and potentially corresponding justiciable rights.

While the Court's reasoning on progressive realization of the RtHE and the limited grounds for regressive policies may inform mitigation duties of States under the ACHR, e.g. to ensure that their Nationally Determined Contributions (NDCs) represent a progression over time and reflect their highest possible ambition, its standards on violations of the right to health from polluting activities will be particularly relevant when analyzing the rise in diseases and health conditions due to GHG emissions.

La Oroya lays foundational principles that will likely shape the content and direction of environmental and climate change litigation and jurisprudence in the Americas. This historic judgment provides a robust basis for anticipating how the Court will handle the specification of environmental rights within the climate emergency and how it may accordingly inform States' human rights obligations.

Urs Saxer, Roman Kollenberg

„Mr. President, Does the TikTok ban conform with the Constitution?"

doi: 10.59704/803767dec11b7401

Der US-Kongress hat ein Verbot von TikTok beschlossen, dies im Rahmen von zwei Gesetzen, welche sich – aus Gründen der nationalen Sicherheit und des Datenschutzes – gegen von feindlichen ausländischen Staaten (*Foreign Adversary Countries*) beherrschten Unternehmungen richten. Damit soll es in den USA nunmehr zwei Standards bei Plattformregulierungen geben: Sehr liberale als Normalfall, und strenge in Zusammenhang mit sog. *Foreign Adversary Countries*. Die Gerichte haben zu entscheiden, ob dies vor dem First Amendment standhält. Das Hauptproblem bleibt: Das Fehlen einer allgemeinen Plattformregulierung in den USA, welche diesen Namen verdient, und die verfassungsrechtlichen Determinanten einer solchen Regulierung.

Die US-Amerikaner und TikTok

Sie könnte dann wohl doch nur von kurzlebiger Natur gewesen sein, die Existenz des TikTok-Accounts des amtierenden US-Präsidenten Joe Bidens (@bidenhq). Dort auf TikTok sind sie für ihn besonders gut erreichbar, die jungen US-Amerikaner, um deren Stimmengunst Biden für die Präsidentenwahl hofft, wenn er seit Februar 2024 im TikTok-typischen Hochkant-Format unter anderem „This or That"-Fragen beantwortet oder – wie er es in seinem ersten TikTok tat – eine ihn betreffende Verschwörungstheorie parodiert. Denn TikTok ist eine Kommunikationsplattform, die sich vor allem bei jungen US-Amerikanern hoher Beliebtheit erfreut. In einer Umfrage von Januar 2024 gaben 35 % der Amerikaner ab 12 Jahren an, dass sie derzeit TikTok nutzen.

Neue Regelungen mit Ausnahmecharakter

In Amerika könnte die App und damit auch der Account von Biden schon im Jahr 2025 der Vergangenheit angehören: Am 23. April 2024 stimmte der US-Senat mit überwältigender Mehrheit (79 zu 18 Stimmen) für ein Gesetz (The Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act), das den in China ansässigen Mutterkonzern Bytedance dazu zwingt, sich innerhalb von 9 Monaten von der App zu trennen, indem entweder die Aktivitäten eingestellt oder das US-Geschäft verkauft wird. Sollte Bytedance dieser Forderung nicht nachkommen, droht die Verbannung von TikTok aus den amerikanischen App-Stores.

Zugleich wurde ein weiteres Gesetz verabschiedet, der Protecting Americans' Data from Foreign Adversaries Act. Dieses Gesetz verbietet Unternehmen, die Daten verkaufen, die Weitergabe sensibler personenbezogener Daten von US-Bürgern an sog. *Foreign Adversary Countries* und Institutionen oder Unternehmen, welche von diesen Ländern gesteuert werden. Dazu gehört auch TikTok.

Beide Gesetze sind bemerkenswert. Das TikTok-Verbot steht in klarem Gegensatz zur sehr liberalen Plattformgesetzgebung der USA, welche immer noch weitgehend von Sec. 230 (c) Communication Decency Act von 1996 bestimmt wird und Plattformen von einer Haftung weitgehend freistellt. Trotz der verhängnisvollen Rolle der sozialen Medien anlässlich der Erstürmung des Capitols durch einen Mob ist es dem Kongress bis jetzt nicht gelungen, eine Plattformgesetzgebung zu erlassen, die eine solche Bezeichnung verdient. Die Verhältnisse werden unverändert von den rechtlichen und wirtschaftlichen Regeln der Märkte sowie von den Selbstregulierungen der Plattformen bestimmt. Ähnlich ist die Situation bezüglich des Gesetzes, dass die Daten von US-Bürgern schützen soll. Die amerikanische Datenschutzgesetzgebung ist sehr liberal und für europäische Verhältnisse äußerst lasch. Viele Personendaten können von spezialisierten Unternehmungen gekauft werden. Völlig anders das neue Datenschutz-Spezialgesetz: es enthält eine lange Liste sensitiver Daten, die nicht Foreign Adversaries oder von diesen beherrschten Unternehmen weitergegeben werden dürfen.

Die Standards sind also völlig verschieden. Dies hängt mit einer weiteren Gemeinsamkeit der Gesetze zusammen: Beide richten sich gegen sog. *Foreign Adversary*

Countries. Zu diesen gehören die üblichen Verdächtigen: Russland, China, Nordkorea, Iran, Kuba und Venezuela unter Präsident Maduro. Die USA sehen sich gegenüber diesen Staaten veranlasst, aus Gründen der Außen- und Sicherheitspolitik besondere Maßnahmen zu ergreifen, wobei deren Ursachen durchaus unterschiedlich sind. Klar ist indes mit dieser Kategorisierung, dass nach Auffassung der relevanten politischen Akteure bei TikTok wesentliche US-amerikanische Sicherheitsinteressen betroffen sind.

Ähnlich gelagerte (gescheiterte) Regelungsinitiativen

Die nun verabschiedete TikTok-Regulierung hat eine Vorgeschichte. Bereits unter der Regierung von Donald Trump wurde im Jahr 2020 eine Exekutivanordnung (Executive Order 13943, 48641) erlassen, die ein Verbot der chinesischen Plattform „WeChat" vorsah. Dieses Verbot wurde mit dem Argument des Schutzes der nationalen Sicherheit begründet, da die App automatisch sensible Nutzerdaten erfasse und eine potenzielle Gefahr für den Zugriff und Missbrauch durch die chinesische Regierung darstelle. Es war also schon hier die Kombination von Sicherheitsbedrohung und Datenschutzbedürfnisse, welche Anlass für spezifische Restriktionen war.

Ein Gericht stellte jedoch im Wege einer einstweiligen Verfügung fest, dass möglicherweise der erste Verfassungszusatz – namentlich das First Amendment – verletzt sei (siehe auch die Wikipedia-Kommentierung). Obwohl China als erhebliche Sicherheitsbedrohung betrachtet werde, gab es laut dem Richter nicht genügend Beweise für eine unmittelbare Gefährdung der nationalen Sicherheit durch die App WeChat.

Im selben Jahr versuchte Präsident Trump durch eine Exekutivanordnung die Nutzung von TikTok einzuschränken und ByteDance innerhalb einer bestimmten Frist zum Verkauf seines US-Geschäfts zu zwingen (zu den Hintergründen). Die Anordnung untersagte sämtliche kommerziellen Transaktionen mit ByteDance gemäß der amerikanischen Wirtschaftsnotstandsgesetzgebung. Trump erklärte sogar den nationalen Notstand, um diesen Schritt zu legitimieren. Vorübergehend war es auch untersagt, die App herunterzuladen. Als Reaktion auf diese Maßnahmen begann TikTok Verhandlungen mit Oracle über einen Teilverkauf. Gleichzeitig klagte TikTok vor Gericht, und erneut stoppte ein Bundesrichter Trumps Vorhaben, da die Bundesregierung erneut nicht in der Lage war, eine hinreichende Gefährdung nachzuweisen (TikTok v. Trump, No. 1:20-cv-02658-CJN (Order) (D.D.C. Sep. 27, 2020) und TikTok v. Trump, No. 1:20-cv-02658-CJN (Opinion) (D.D.C. Sep. 27, 2020).

Für Aufsehen sorgte auch ein Gesetz im Bundesstaat Montana, das darauf abzielte, die persönlichen und privaten Daten der Bevölkerung Montanas vor Staat und kommunistische Partei in China zu schützen (hierzu auch Anna Conley), Es sollte ursprünglich am 1. Januar 2024 in Kraft treten und hätte die private Nutzung von TikTok für alle Einwohner des Bundesstaates verboten. In einer einstweiligen Verfügung wurde jedoch bezweifelt, ob Montana ein legitimes Interesse an dieser Regelung hatte, da diese wahrscheinlich in die konstitutionellen Zuständigkeiten der Bundesregierung im Bereich der Sicherheits- sowie Außenpolitik eingriff sowie gegen die Commerce Clause (Artikel 1, Abschnitt 8, Absatz 3 der US-Verfassung) verstieß. Das Gesetz missachtete ferner wohl auch den ersten Verfassungszusatz, weil es TikTok generell verbot, obwohl das Verbot nur sekundär mit den verbreiteten Inhalten begründet wurde. Die Auswirkungen auf die Kommunikationsmöglichkeiten von TikTok und der Nutzer genügten für eine mögliche Verletzung.

Das Recht auf freie Kommunikation

Das neue „Divestment-or-Ban"-Gesetz, welches das Ende von TikTok in den USA einläuten könnte, markiert damit lediglich den neuesten Höhepunkt einer langanhaltenden Auseinandersetzung, deren Hintergrund der außenpolitische Konflikt zwischen den USA und China bildet. Es ist schon jetzt klar, dass das Gesetz Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein wird: ByteDance hat angekündigt, gerichtlich dieses wegen einer Verletzung von Kommunikationsgrundrechten, also des First Amendment vorzugehen. Dies werden wohl auch Interessenverbände von Nutzern tun.

Das First Amendment ist in der Tat eine entscheidende Verfassungshürde: Es garantiert die Freiheit der Kommunikation nahezu vorbehaltlos, und die von einer reichhaltigen Supreme-Court-Praxis bestimmte Rechtsprechung schützt auch einseitige, radikale oder schockierende Minderheitenmeinungen, von denen es auf TikTok wimmelt. Ein Verbot wäre ein schwerwiegender Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit von Millionen. Obwohl es möglicherweise Gründe gibt, ein solches Verbot zu erwägen, müssen diese Gründe eine sehr ernsthafte Bedrohung für den Staat und die Gesellschaft darstellen, um im Kontext der Meinungsfreiheit Bestand zu

haben (allgemein zum TikTok-Verbot im Licht des First Amendment Alan Z. Rozenshtein).

Können nun die im Gesetzgebungsprozess geäußerten Bedrohungsszenarien bezüglich des Datenschutzes und der nationalen Sicherheit ein Verbot der Plattform rechtfertigen? Sind die geschützten Interessen wichtig genug und genügend stark bedroht?

Datenschutz

In China ermöglichen Gesetze die heimliche Anforderung von Daten durch die Behörden (§ 7 und § 14 Nationales Nachrichtendienstegesetz der Volksrepublik China). In Washington bestand deshalb bei den politischen Verantwortlichen in Administration und Kongress parteiübergreifend die große Sorge, dass sensible US-Nutzerdaten seitens der chinesischen Regierung von Bytedance abgefangen und missbraucht werden könnten, wofür aber eigentliche Beweise fehlen. Unter dem Gesichtswinkel der Erforderlichkeit ist die Maßnahme, nämlich die Verbannung der App aus den App-Stores, teilweise problematisch. Der USA fehlt es an einem nationalen Datenschutzgesetz. Nutzerdaten sind über Drittanbieter käuflich erwerbbar und für die chinesische Regierung mitnichten nur über die Verwertung von TikTok-Daten möglich. Dem hat nun aber der Kongress einen Riegel vorgeschoben: Der Protecting Americans' Data from Foreign Adversaries Act und dessen Verbot, sensible personenbezogene Daten an *Foreign Adversary Countries* und deren Institutionen oder Unternehmen zu verkaufen begegnet dieser Gefahr zumindest teilweise. Bytedance hat allerdings das Projekt Texas lanciert. Gemäß diesem Projekt sollen USD 1,5 Mia. investiert werden, um alle Daten von amerikanischen Nutzern in den USA zu lagern, dies unter der Compliance-Kontrolle der US-Audit-Firma Oracle (eingehender hierzu Casey Newton). Ob dies TikTok in den zu erwartenden Gerichtsverfahren nützen wird? Tatsache bleibt: es wird datenschutzrechtlich in den USA doppelte Standards geben. Für eine bestimmte Kategorie von Staaten und deren Unternehmen gelten strenge Vorschriften, für alle anderen nicht. Müssten indes nicht generell die Daten der US-Bürgerinnen und -Bürger besser geschützt werden?

Nationale Sicherheit

Der Schutz nationaler Sicherheits- und außenpolitischer Interessen ist das wohl überzeugendere Argument für das Vorgehen gegenüber TikTok. Dazu gehören nicht nur die Befürchtungen über einen sicherheitsrelevanten Datenmissbrauch, sondern auch der algorithmischen Steuerung von Inhalten, der Verbreitung von Propaganda, des Anheizens von Konflikten sowie der Verbreitung von Desinformation. Auch diesbezüglich sind indes bis jetzt Beweise hierfür der Öffentlichkeit nicht vorgelegt worden. Es ist allerdings offensichtlich, dass es auf TikTok von Propaganda, Fake News, Desinformation und Deep Fakes wimmelt. Genügt dies um TikTok zu verbieten? Ist ein Verbot verhältnismäßig, legitimieren die verpönten Inhalte ein generelles Verbot hinreichend?

Die Bandbreite an Inhalten auf TikTok ist enorm – von niedlichen Katzenvideos über Tanzperformances – die teilweise sexualisierten Content darstellen – bis hin zu vielfältigen Selbstdarstellern und -darstellerinnen sowie Comedians. Propaganda, Desinformation, Fake News und dergleichen machen einen geringeren Teil der Inhalte aus. Die TikTok Community Standards verbieten solche Inhalte, aber es macht nicht den Eindruck, dass dies durchgesetzt wird. Auch vor dem Hintergrund der Supreme Court Praxis ist höchst ungewiss, ob ein Verbot solcher Inhalte mit dem First Amendment vereinbar ist. In einem Urteil aus dem Jahr 1965, Lamont vs. Postmaster, beurteilte der Supreme Court ein Gesetz, welches der Post die Versendung „kommunistischer politischer Propaganda" untersagte und sie dazu verpflichtete dem Empfänger ein Formular zu schicken und ihn zu fragen, ob er die Propaganda zugestellt haben möchte oder nicht. Dies war für das Gericht eine Verletzung der Rechte der Empfänger aus dem First Amendment, weil sich diese aktiv betätigen mussten, um eine Information zu erhalten. Unter diesem Urteil könnte es ein allgemeines Verbot schwer haben.

Auch mit Bezug auf die nationale Sicherheit soll also ein Doppelstandard gelten, nämlich strenge inhaltliche Vorschriften bei von *Foreign Adversary Countries* beherrschten Unternehmungen, während für den Rest ein äußerst liberales Regime gilt.

Fazit und Ausblick

Diese Doppelstandards werfen grundlegende Fragen auf: Sind besonders restriktive Plattformregelungen gegen *Foreign Adversary Countries* und deren Unternehmungen zulässig? Brauchte es in den USA nicht generell Regelungen im Bereich des Datenschutzes und zur Bekämpfung von Phänomenen wie Desinformation, Fake News

und Propaganda? Und wie beeinflusst das First Amendment derartige Regulierungen?

Vor dem Hintergrund der bisherigen Fälle ist die Gefahr groß, dass das TikTok-Verbot verfassungsrechtlich keinen Bestand haben wird. Zweifelsohne können zwar für Restriktionen außen- und sicherheitspolitische Interessen geltend gemacht werden, aber die Bedeutung der Meinungsfreiheit wiegt schwer. Mit der Bezugnahme auf die Kategorie der *Foreign Adversary Countries* könnte dies anders sein, sofern die Gerichte gewillt sind, trotz Fehlens eines konkreten Bedrohungsnachweises dem Kongress und der Regierung einen erheblichen außen- und sicherheitspolitischen Handlungsspielraum gegenüber dieser Staatenkategorie zu belassen. Nach dem *Intermediate Scrutiny Test* können ferner wichtige außen- und verteidigungspolitische Interessen zu berechtigten Einschränkungen der Meinungsfreiheit führen, sofern die dabei verwendeten Maßnahmen in einem engen Bezug zu den verfolgten Interessen stehen.

Hinter der nun sich anbahnenden rechtlichen Auseinandersetzung über das TikTok-Verbot lauert eine ganz allgemeine Frage: Was sind die Anforderungen, welche das First Amendment an Plattformregulierungen stellt? Im Moment sind diese recht weitgehend unbekannt, insbesondere mit Bezug auf die Zulässigkeit einzelner Restriktionen. Möglicherweise wird das TikTok-Verfahren hier teilweise Klärung bringen. Im Moment bleibt es bei der Feststellung: Die Zukunft des TikTok-Verbotes in den USA ist ungewiss und als „This or That"-Frage auch für Biden kaum zu beantworten.

Die Autoren sind Verfasser des Beitrags „Zugangsverbote zu Kommunikationsplattformen zum Schutz der (inter-)nationalen Sicherheit – ein grundrechtsbasierter Überblick", JZ 2024, S. 375-385. Von Urs Saxer findet sich ferner eine Kommentierung des US TikTok-Verbots in der Neuen Zürcher Zeitung vom 6. Mai 2024, https://www.nzz.ch/feuilleton/tiktok-wird-geflutet-von-propaganda-und-fake-news-aber-reicht-das-fuer-ein-verbot-der-plattform-aus-ld.1828877.

Randall Stephenson

Untying the Gordian Knot

A Defamation Primer for the 2024 US Presidential Race

doi: 10.59704/51f999c51f3b9aea

Much like Alexander the Great's "untying" of the mythical Gordian Knot in ancient Persia, tracking defamation litigation in this year's US Presidential election season would appear to not only require formal legal training, but resort to some fairly unconventional tactics. But rather than slicing the metaphorical knot with brute force (as legend has it), this article shines a modest but revealing light on the history and principles of US defamation law to assist foreign jurists with its many technicalities and often perplexing uses. By surveying its peculiar and varying historical path, it also highlights its vital but increasingly veiled roles and uncertain legal implications in our complex digital media landscape. This article thus argues that care must be taken when addressing calls for defamation law reform to appreciate its multifaceted rationales and to uphold the press' essential watchdog role under the First Amendment.

Among the mysteries of the historical volatilities of presidential electioneering is gauging the effect of defamation lawsuits as proxies for political distrust and dirty campaigning. At the center of this tempest is former President Donald Trump himself, whose antipathy for the media and misuse of defamation law is widely known. Yet the tables would appear to have turned. Despite his penchant for challenging oppositional political speech in court, the former President now finds himself an embattled defendant. Besides facing 91 felony charges across two state courts and in two federal districts, Trump is appealing two substantial civil law defamation judgments that could not only hobble his business empire, but threaten his presidential candidacy altogether. That said, Trump's most recent libel claim against ABC News appears to hold out the prospect of his first successful lawsuit against the press since beginning his political career. But before getting into Trump's web of litigation and his prospects for success, let's first take a look at the history and basic principles of defamation law more generally.

English Defamation Law

Libel and slander (i.e. written and oral defamation) have a long history in English common law. Their concern with safeguarding one's "good name" has conflicted with other prised interests, struggling above all to balance free speech against reputation. Long thought to hold special importance for democracies, US Federal Court Judge Van Vechten Veeder swore that despite its imperfections—when any legal system is considered systematically—perhaps no part is more instructive than defamation law. In a *Columbia Law Review* article more than a century ago, Veeder explained:

> "Since the law of defamation professes to protect personal character and public institutions from destructive attacks, without sacrificing freedom of thought and the benefit of public discussion, the estimate formed of the relative importance of these objects, and the degree of success attained in reconciling them, would be an admirable measure of the culture, liberality, and practical ability of each age."

Yet having no sooner affirmed its constitutional import, Veeder reproached defamation law for its undue complexity, reckoning that "[i]t is, as a whole, absurd in theory, and very often mischievous in its practical operation." Apart from grasping its (mis)use in US politics, a closer look at defamation law's infamously-knotty doctrine appears in order.

Constituent Elements

Defamation is a personal legal remedy and strict liability tort, which can be understood as any written or spoken statement that brings a person into hatred, contempt or ridicule, or lowers their reputation in the eyes of right-thinking people. While falsity, malice, and damages are

presumed, plaintiffs must satisfy the following three elements (on a balance of probabilities).

First, a plaintiff must establish that the words were *defamatory*. This involves any discrediting statement: i) tending to cause a person to be hated or despised; ii) subjecting a person to ridicule; iii) causing others to shun the plaintiff; vi) imputing guilt in office; v) tending to injure a person's business standing or financial credit; or vi) imputing immorality. Second, the plaintiff must prove that the words were *published* to a person (or persons) other than themselves. Publication can be by words, television, Internet, etc. Lastly, since defamation is a personal legal remedy, the plaintiff must be *personally* defamed.

Defences

Once these elements are met, the onus shifts to the defendant to prove one of four traditional defences, which encompass the key doctrinal means of "safeguarding" free expression.

Justification: The defence of justification requires establishing all material facts in a defamatory publication. It does not connote "moral" justification, but, that the defamatory words are "true," and the defendant intends to prove it. A complete defence, its rationale is that no one is entitled to a reputation they do not in fact possess.

Fair Comment: This defence applies when the offending words are an *opinion* on a matter of public interest. So long as the underlying facts are accurate, the defamatory statement is protected—provided the opinion was one that an honest person knowing those facts could hold, and the comment was made in good faith.

Absolute Privilege: On certain occasions, a person is free to publish defamatory words even though communicated with knowledge of their falsity and with intent to injure. These are occasions of "absolute privilege," which have been defined narrowly and are illustrated by the long-standing convention of parliamentary privilege.

Qualified Privilege: On occasions of qualified privilege, the defendant must have an interest or some legal, moral, or social duty in *communicating* what they believe true about another person to someone with a corresponding duty or interest in *receiving* that information. The privilege is "qualified" because if the defendant published maliciously or otherwise exceeded the occasion's scope, the defence is lost.

Effects on Public Discourse

Defamation principles influence democratic discourse in two crucial respects. First, as shown by the short-lived Alien and Sedition Act of 1798—used to arrest newspaper editors critical of Federalist President John Adams and his undeclared naval war with Revolutionary France—defamation law can be used to stifle political opposition through criminal prosecutions for seditious libel. Second, news organisations have until recently operated without an effective defence. Common law courts have traditionally insisted that publication methods not exceed what is appropriate for protecting the particular duty or interest asserted. This has meant that defamatory statements could not be lawfully published to the "world at large." Media defendants were thus limited to the defence of justification, which raises evidentiary doubts and steep litigation costs that often exert a "chilling effect" on public interest news reporting.

As illustrated by recent law reforms, defamation law's main policy challenge is therefore balancing free expression and reputation. As the UK Parliament stated aptly in the Introduction to its 2011 Draft Defamation Bill, "[a]ny slight shift in the balance between these two competing rights [...] can have *far-reaching consequences* for the way [...] we conduct public debate." In simple terms, what is added to defamation law is invariably taken from free speech.

Overview of US Defamation Law

US defamation law differs greatly from its English origins. Uniquely protective of speech and press liberty, it has been shaped by two overriding factors: (1) the First Amendment to the US Constitution; and (2) the US Supreme Court's later constitutionalisation of defamation law.

First Amendment

Freedom of speech and the press are both protected under the First Amendment, which reads:

Congress *shall make no law* respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; *or abridging the freedom of speech, or of the press*, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Owing to its unqualified wording, the First Amendment appears to provide unqualified protection of speech

interests. Despite being ratified in 1791, its impact on defamation law was not settled until the US Supreme Court's 1964 decision in *New York Times v Sullivan*, where the Court rejected English libel principles by increasing the burden of proof for plaintiffs, making it notoriously difficult for public officials to be suited in defamation.

New York Times v Sullivan

The *Sullivan* case was very much a product of its turbulent civil rights era. LB Sullivan was the Commissioner of Public Affairs for Montgomery, Alabama, who sued The New York Times for defamation regarding a full-page, paid political advertisement sponsored by prominent civil rights advocates. The ad documented (with minor errors) significant events of political opposition and police misconduct involving African American students engaged in non-violent protests. Although Sullivan was not named, he argued that readers would identify him as the responsible public official. At trial, an all-white jury awarded $500,000 in damages (≈$5,000,000 in 2024), a substantial sum upheld by the Alabama Supreme Court.

In rejecting defamation law's strict liability doctrine, the US Supreme Court unanimously held that the appellate verdict violated the First Amendment. Justice Brennan's majority judgment affirmed America's commitment to unrestricted political discourse by insisting that it "should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials." Analogising English libel law to America's failed Sedition Act, Brennan insisted that "[w]hat a State may not constitutionally bring about by means of a criminal statute is *likewise* beyond the reach of its *civil law of libel*," underscoring that the damage award against the New York Times was a crippling *one hundred times* greater than under the Federalist-era Act.

In response, the US Supreme Court adopted a generic, bright-line rule prohibiting public officials from recovering damages for defamatory statements relating to their official conduct unless they proved (with convincing clarity) that the statement was made with "actual malice"—that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not. The *Sullivan* Court thereby radically shifted the doctrinal balance between reputation and free speech—making it tougher for public officials to prevail. Since *Sullivan*, constitutional protection has been extended so that both public officials (e.g. Nancy Pelosi) and *public figures* (e.g. Elon Musk) can recover damages only if the defamatory statement was made with "actual malice." Lastly, US states are free to define the standard of liability for *private* individuals, provided that they do not (re)impose strict liability principles.

Conclusion

So, what does this all mean? Two points bear mention. First, despite shedding light on Trump's woeful defamation record challenging oppositional speech, it would be a mistake to think a plaintiff politician or public figure cannot succeed. As shown by Trump's most recent libel claim against journalist George Stephanopoulos and ABC News, the evidence adduced at trial will be decisive for satisfying *Sullivan's* exacting standard. During his interview with South Carolina Congressional Representative Nancy Mace on 10 March 2024, Stephanopoulos questioned her about endorsing Trump in the 2024 presidential election. Referencing his ongoing legal battles with Elizabeth Jean Carroll, Stephanopoulos asserted multiple times that Trump had been found "liable for rape" by the jury—a factually incorrect statement. Although his lawyers will still need to prove that Stephanopoulos acted with "reckless disregard for the truth" (i.e. Trump is a "public figure"), making repeated false statements involving rape allegations could be argued as evidence of "actual malice," especially if it can be proved that Stephanopoulos was aware at all material times of the jury's finding. In the final analysis, given Trump's history of sexual assault allegations, whether this is enough to prevail against the press is uncertain. But, as in most all common law litigation, the evidence adduced at trial will likely prove dispositive.

Second, irrespective of *Sullivan's* revered constitutional status—Alexander Meiklejohn famously declared it an occasion "for dancing in the streets"—US defamation law is being threatened on multiple fronts. Besides Trump's long-standing interest in overruling *Sullivan*, our digital media environment is placing increasing pressure on judges to reconsider the "actual malice" rule, particularly in bids to address disinformation and fake news. Concerned that America's media landscape has changed unforeseeably, US Supreme Court Justice Neil Gorsuch has doubted whether *Sullivan* serves its original purpose, questioning whether it incentivises irresponsible journalism, which—

when combined with business incentives fueling disinformation and fake news—threatens the shared epistemic grounds necessary for healthy democratic discourse. As expressed in his *Berisha v Lawson* dissent, rethinking the *Sullivan* rule will not only require an open-minded approach to competing doctrine, but to the very questions we should be asking. Along with examining our radically altered media landscape, these questions might very well include whether American free speech law undertheorises key rationales—particularly the "checking function" of the press and its public libel law implications for holding power to account—or, whether it adequately reflects the censorship risks (i.e. digital prior restraints) associated with our global digital media infrastructure. Without exploring such issues, it may prove ironic to overrule one of the last doctrinal pillars of the press' vital (but waning) watchdog role. Revealing yet again the challenges of unraveling defamation law's infamous technicalities, we would do well to exercise caution when pulling on key threads of the intricate tapestry of US First Amendment law.

Robin Celikates

Bitte keine Störung?

Warum die repressiven Polizeieinsätze an US-Unis so gefährlich für die Demokratie sind

doi: 10.59704/fcf74a3821313190

Innerhalb von weniger als zwei Wochen hat Minouche Shafik, Präsidentin der Columbia University, am 30. April zum zweiten Mal die Polizei auf den New Yorker Campus gerufen. Bewaffnete Einsatzkräfte lösten das gegen den Krieg in Gaza errichtete Protestcamp und die nicht einmal 24 Stunden währende Besetzung eines Institutsgebäudes auf und verhafteten im Auftrag der Uni-Leitung Dutzende der eigenen Studierenden. Nach dem ersten Polizeieinsatz war es zu Protestcamps an inzwischen über 100 US-amerikanischen Universitäten gekommen. Es ist zu erwarten, dass auch die neue Welle der Repression die vermutlich größte Studierendenbewegung seit den 1960er Jahren nur weiter anfeuern wird. An der Columbia soll die Polizei nun bis Mitte Mai zum Ende der Vorlesungszeit auf dem Campus bleiben, um ein Wiederaufflammen der Proteste zu verhindern und einen reibungslosen Ablauf der Graduierungsfeier zu garantieren. Aber zu welchem Preis?

Wie schon bei den brutal niedergeknüppelten Protesten gegen den Vietnamkrieg, in deren Zuge 1968 dasselbe Gebäude an der Columbia besetzt worden war, kommt es auch heute zu beispiellosen Szenen der Polizeigewalt: Landesweit sind bisher mehr als 2300 weitgehend friedlich protestierende Studierende verhaftet, viele weitere suspendiert und exmatrikuliert, und interne Regeln ad hoc geändert worden, um Proteste zu unterbinden. Auch Professor:innen, die sich schützend vor am Boden liegende Studierende gestellt hatten oder deeskalierend wirken wollten, wurden verhaftet und für ihre Teilnahme an den Protesten suspendiert.

Für diese Eskalation, den Einsatz schwer bewaffneter Polizei gegen Studierende im Namen von Ordnung und Sicherheit auf dem Campus, und die damit einhergehende zunehmende Polarisierung werden sich – wie auch in der Folge von 1968 – die Universitätsleitungen verantworten müssen. Von New York und Boston bis Los Angeles und Austin, Texas, haben sie dem politischen Druck vor allem von MAGA-Republikaner:innen (sowie mächtiger Kuratorien und in einigen Fällen einflussreicher Spender und Alumni) nachgegeben und die Krise eskalieren lassen. Dabei verliefen die Proteste bis zu den unverhältnismäßigen Polizeieinsätzen einer neuen Studie zufolge zu 99% friedlich. Dass eine „klare und unmittelbare Gefahr“ als zu Recht hohe Hürde für Polizeieinsätze an der Columbia University zunächst gar nicht bestand, betonen nicht nur der akademische Senat sowie zahlreiche Jura-Professor:innen der Universität, sondern sogar die Polizei (NYPD). Darüber, ob das auch für die Räumung des besetzten Gebäudes gilt, gehen die Meinungen auseinander.

Insbesondere mit Bezug auf die frühe Phase der Proteste drängt sich jedenfalls der Eindruck auf, dass nicht das Wie, sondern das Was der Proteste ausschlaggebend war für den politischen Druck von oben und das harte Durchgreifen – manche sprechen von einer „Palestine exception“, da Rede- und Versammlungsfreiheit nur so lange gelte, wie es nicht um Palästina-Solidarität gehe. Dass auch ein konstruktiverer Umgang mit den Protesten möglich ist, zeigen Universitäten wie Harvard, Northwestern oder MIT. Am MIT, wo es die letzten Jahre immer wieder zu Protesten gegen die Zusammenarbeit mit dem US-Verteidigungsministerium und der Rüstungsindustrie sowie den finanziellen Einfluss von Saudi Arabien und Großspendern wie dem Investmentbanker und verurteilten Sexualstraftäter Jeffrey Epstein gekommen war, stellen die Protestierenden von einem Großteil der Studierendenschaft mitgetragene konkrete Forderungen nach einer Einstellung der Zusammenarbeit mit dem israelischen Verteidigungsministerium. Um das Protestlager herum wurden im Zuge von Gegenprotesten USA- und Israel-Flaggen sowie Bilder der von der Hamas verschleppten Geiseln aufgestellt, ohne dass es zu Zwischenfällen gekommen wäre. An der Brown University löste sich das Protestlager auf, nachdem die Uni-Leitung sich zu einer Diskussion und Abstimmung über die Forderungen der Studierenden bekannt hat. Ähnliches wird von der Rutgers University, der University of Minnesota und der UC Riverside berichtet. An keiner dieser Universitäten

kam es zu übermäßigen Polizeieinsätzen.

Bemerkenswert ist die von oben verordnete Eskalation nicht nur, weil die Black Lives Matter Bewegung gerade erst ein stärkeres Bewusstsein für die massiven Risiken polizeilicher Repression für demokratische soziale Bewegungen im Allgemeinen und rassifizierte Minderheiten im Besonderen geschaffen hatte. Vor allem wird immer deutlicher, dass die unverhältnismäßigen Einschränkungen politischer Rechte von Studierenden und Lehrenden , die Normalisierung von Polizeieinsätzen auf dem Campus und die Angriffe auf die Autonomie der Hochschulen autoritäre Tendenzen verstärken, die insbesondere von ultrarechten politischen Kräften vorangetrieben werden, die die Zensur von Lehrplänen an Schulen und Unis forcieren und Diversitätspolitiken ebenso wie unliebsamen Disziplinen wie Gender Studies und Critical Race Theorie den Garaus machen wollen. Alles im Namen von Make America Great Again.

So erstaunt es nicht, dass der israelische Regierungschef Benjamin Netanjahu die Situation mit den 1930er Jahren an deutschen Universitäten vergleicht, der israelische UN-Botschafter behauptet, die Hamas verstecke sich eben nicht nur in Schulen in Gaza, sondern auch in Harvard und an der Columbia, und Mike Johnson, republikanischer Sprecher des US-Repräsentantenhauses, den Ball aufgreifend nach der Nationalgarde ruft, um wieder für Ruhe und Ordnung zu sorgen. Derselbe Johnson verbreitet übrigens wie andere Republikaner auch die antisemitische Verschwörungsphantasie, der jüdische Multimilliardär George Soros stecke hinter den Protesten. Präsident Biden weist immerhin die Forderung nach dem Einsatz des Militärs zurück und unterstreicht die Bedeutung des Rechts auf friedlichen Protest – legt aber zugleich restriktive Bedingungen fest, indem er Hausfriedensbruch (etwa durch Studierende auf dem Campus, die durch ihre Suspendierung zu Straftätern gemacht werden) und die traditionelle Protesttaktik von Besetzungen auf Uni-Gelände als nicht-friedlich definiert und kein Wort zur Polizeigewalt verliert, ohne die es zum jetzigen Chaos kaum gekommen wäre. Dissens ja, aber bitte ohne Störung der Ordnung?

Auch in Deutschland wird ein zum Teil haarsträubend einseitiges Bild der Proteste vermittelt – von der Springer-Presse („Übernimmt die Hamas die Macht an den US-Unis?“) bis zur taz („Judenhass in der Universität: Auf dem Weg in die Unfreiheit“) –, das dem Ruf nach Repression Plausibilität und Legitimität verleiht. Aus der Ferne wird in einer Arroganz über die vermeintliche Intoleranz, Verbohrtheit und Unbedarftheit der Proteste – und gleich auch noch über die Qualität der betroffenen Universitäten – geurteilt, die erschreckend ignorant und provinziell ist und Fragen nach journalistischen Mindeststandards aufwirft.

Die so verbreiteten Narrative gehen nicht nur an der deutlich komplexeren Realität der Protestbewegung vorbei und lenken von deren eigentlichem Anliegen ab – dem Einspruch gegen einen von den USA unterstützten und von vielen als genozidal betrachteten Krieg mit inzwischen über 34000 Toten, in dem auch das palästinensische Bildungssystem dermaßen zerstört worden ist, dass UN-Experten von einem „Scholastizid“ sprechen. Sie lenken auch ab von der gravierenden Gefahr, die von der Repression für Universitäten als Orte des kritischen Diskurses und dialogischen Lernens sowie für eine von vielfältigen Demokratiedefiziten gekennzeichnete Gesellschaft ausgeht, die auf auch disruptive Proteste angewiesenen bleibt.

In den USA lässt sich momentan in Echtzeit beobachten, wie Universitäten zu Brennpunkten einer politischen Auseinandersetzung werden, in der es um grundlegende Fragen des demokratischen Zusammenlebens, des Umgangs mit politischen Konflikten und der Notwendigkeit unabhängiger Bildungsinstitutionen und kritischer Wissenschaft geht. Daher ist es ein Gebot intellektueller Aufrichtigkeit und politischer Verantwortung genauer hinzusehen – ein Gebot, dem sich deutsche Medien scheinbar immer weniger verpflichtet fühlen, wenn sie die ideologisch extreme Position reproduzieren, dass propalästinensische Proteste an sich bereits als Bedrohung anzusehen sind und die Repression daher gerechtfertigt sei.

Genauer hinzusehen, würde auch bedeuten, den Stimmen aus Zivilgesellschaft und Universitäten vor Ort mehr Gewicht zu geben statt nachweislich einseitige politische Talking Points zu wiederholen: Sowohl die American Civil Liberties Union (ACLU) als auch die American Association of University Professors (AAUP) haben eindringlich zur Verteidigung des Rechts auf politische Meinungsäußerung und friedlichen Protest aufgerufen und vor den Folgen politisch motivierter Repression gewarnt. Hunderte renommierter Professor:innen an den Universitäten Yale, Princeton, Vanderbilt, UT Austin und zahlreichen anderen Hochschulen erheben Einspruch gegen die ihres Erachtens mit dem Selbstverständnis der Universität in einer demokratischen Gesellschaft unverein-

bare polizeiliche und strafrechtliche Verfolgung von Studierenden und fordern ihre Uni-Leitungen zu Dialog und Verhandlungen auf oder entziehen ihnen gleich ganz das Vertrauen – all das unabhängig von den sicherlich gravierenden politischen Differenzen untereinander und mit den Protestierenden.

Prominente jüdische Akademiker:innen wie der Literaturwissenschaftler Bruce Robbins, die Gedächtnisforscherin Marianne Hirsch, der Holocaust-Experte Omer Bartov und der Faschismustheoretiker Jason Stanley wenden sich gegen die Diffamierung der Proteste als antisemitisch. Sie verweisen auf die prominente Rolle jüdischer Studierender und die Pluralität jüdischer (zionistischer ebenso wie nicht-, post- und antizionistischer) Positionen und Erfahrungen auf dem Campus, zu denen auch gemeinsame Seder-Mahlzeiten und Torah-Lesungen in den Protestcamps gehören. Und sie insistieren, dass gerade im Interesse des Kampfes gegen Antisemitismus klar unterschieden werden muss zwischen Antisemitismus und Kritik an Israels Vorgehen in Gaza, selbst wenn letztere auf sehr weitgehende und polemische Weise formuliert wird. Zu beobachten sei eine besorgniserregende terminologische Ausweitung und politische Instrumentalisierung des Antisemitismusvorwurfs mit dem Ziel, israelkritische und propalästinensische Stimmen auf dem Campus, die sich gegen die Politik der US-Regierung richten, zu marginalisieren und einzuschüchtern.

Die Frage, wo genau die Grenze zwischen Antizionismus und Antisemitismus sowie zwischen rechtlich geschützter Redefreiheit und Aufrufen zur Gewalt verläuft, wird sicherlich umstritten bleiben. Das zeigt sich etwa am auch für die deutsche Diskussion zentralen Beispiel des Slogans „From the river to the sea“. Und dass Vorwürfe instrumentalisiert werden, heißt nicht, dass sie in konkreten Fällen nicht auch zutreffen. So kam es im Zuge der Proteste fraglos auch zu einer ganzen Reihe inakzeptabler gewaltverherrlichender und antisemitischer Zwischenfälle, denen entschlossen entgegengetreten werden sollte. Keine der oben zitierten Stimmen kann man guten Gewissens bezichtigen, das anders zu sehen. Und tatsächlich reagiert die Protestbewegung selbst Berichten zufolge inzwischen entschiedener auf antisemitische Hetze. Auch wenn man hier mehr Nachdruck fordern kann, spricht doch viel dafür, dass die in solidarisch organisierten sozialen Bewegungen selbst geleistete Aufklärung weitaus transformativer und effektiver wirkt als blanke Repression.

Ebenfalls wichtig wäre es, die realen Ängste und die Verunsicherung von den Protesten skeptisch gegenüberstehenden jüdischen Studierenden ernst zu nehmen, ohne das in bestimmten Kontexten nachvollziehbare Gefühl der Bedrohung angesichts einer Palästina-Flagge, der Kufiya oder israelkritischer Slogans kontextunabhängig mit einer tatsächlich vorliegenden antisemitischen Bedrohung gleichzusetzen – oder die entsprechenden Ängste anzustacheln und auszuschlachten für rechte Agenden, die mit der Bekämpfung von Antisemitismus in Wahrheit nur wenig zu tun haben. Dass es neben der beeindruckenden und hoffnungsstiftenden Solidarität zwischen jüdischen und palästinensischen Studierenden und Lehrenden auch Missverständnisse, Konflikte, Provokationen und sich zuspitzende Aggressionen gibt und dass diese auf beiden Seiten auftreten, ist vermutlich nicht überraschend. Auch im Zuge der Gegenproteste kam es zu Hetze, Drohungen und zutiefst rassistischen Szenen, die von republikanischen Politikern auch noch gutgeheißen werden – von monatelangen Doxxing-Kampagnen und dem Anschlag auf palästinensische Studierende in Vermont ganz zu schweigen. Eine neue Dimension erreichte die Gewalt diese Woche an der UCLA, wo es zu einem von der New York Times detailliert rekonstruierten brutalen und scheinbar gut organisierten Angriff auf das Protestcamp kam, dem Universität und Polizei tatenlos zusahen, bevor das Camp zwei Tage später von einem Großaufgebot der Polizei geräumt wurde. Inzwischen müsste klar sein, dass diese Spannungen und das mit ihnen einhergehende Gewaltpotential durch die Delegitimierung und Kriminalisierung von Protest, unverhältnismäßige Polizeigewalt, massenweise Verhaftungen von Studierenden auf dem Campus und das Anstacheln von Gegenprotesten durch rechte Scharfmacher nur weiter eskalieren werden.

Auch in Deutschland häufen sich derweil die Anzeichen für eine Verschärfung repressiver Tendenzen, die den Raum für offene Diskurse und umstrittene Proteste weiter einschränken, ohne dass sie im Kampf gegen real existierenden Antisemitismus erkennbar weiterhelfen würden – vom Polizeieinsatz gegen die Hörsaal-Besetzung von Studierenden an der Freien Universität in Berlin im Dezember über das Verhängen von Einreise- und Betätigungsverboten im Zuge des vor Ort dann komplett verbotenen Palästina-Kongresses und das gewaltsame Vorgehen der Polizei bei der Räumung des Protestcamps vor dem Reichstag bis hin zur Wiedereinführung des Ordnungsrechts an den Berliner Universitäten.

Rechtlich fragwürdigen sowie politisch autoritären und repressiven Maßnahmen im Umgang mit inopportunem Protest, über dessen Ziele und Methoden man ja trefflich streiten kann, sollten sich Universitäten, kritische Medien und die demokratische Zivilgesellschaft in den USA und Europa nicht anschließen, sondern entgegenstellen. Denn die normalisierte Repression – wie sie sich bereits im Umgang mit anderen politischen Bewegungen wie der Klimabewegung abzeichnete und momentan in den USA zuspitzt – ist viel gefährlicher für die Demokratie als es der imperfekte, disruptive und zuweilen in die falsche Richtung zielende Protest je sein könnte. Genau deshalb muss man den Studierenden dankbar sein, dass sie trotz aller Anfeindungen und gegen sie gerichteten Gewalt keine Ruhe geben.

Vincent K.L. Chang

China's Memory Laws

The Global Reach of Beijing's Push to Juridify Memory

doi: 10.59704/1f87af2ed1d04d97

On 7 May 1999, during the NATO bombings of what was then Yugoslavia, US stealth bombers dropped five GPS-guided precision bombs on the PRC embassy in Belgrade, killing three Chinese journalists and injuring 20 diplomats working there. While Washington has insisted that the bombing was caused by a tragic set of errors, Beijing calls it a 'barbaric atrocity' that the Chinese people will 'never forget'. At the site of the former embassy building the Chinese government has erected a memorial engraved with the text 'Honor Martyrs, Cherish Peace'.

This year marks the 25th anniversary of the bombing. If previous years are anything to go by, we can expect a solemn commemoration in which Serbian government leaders and Chinese diplomats will come together to jointly mourn the three Chinese 'martyrs' and condemn NATO's actions. Normally dozens of local Chinese attend to pay respect to their fallen compatriots, perhaps 'spontaneously', as the Chinese state media like to emphasise, or perhaps because recent Chinese laws encourage it. For China has its memory laws too, and it is time to start paying attention to them.

Memory Laws beyond Europe

The study of 'memory laws' has seen a spectacular rise in recent years as governments worldwide are reverting to formal legislation to shape and secure their preferred historical discourses and outlaw narratives subverting these. Despite the increasingly global nature of this phenomenon, this budding scholarly genre has remained largely preoccupied with developments in Europe. Until very recently, Chinese memory laws have been overlooked in these discussions.

One explanation for this is that in European policy debates and legal discourses, the PRC is generally perceived as a lawbreaker, not a lawmaker. Another contributing factor is that European scholars, inspired by the early generation of Holocaust denial bans, have long advanced a narrow definition of memory laws as laws criminalising particular statements about the past. These 'memory laws per se' are sometimes contrasted with 'de facto memory laws', a much broader category which encompasses any legal regulations governing historical memory and commemorative practice.

Seen from a global perspective, this typology seems arbitrary and exclusive. A key aspect of memory legislation is that it results in the juridification (*Verrechtlichung*) of historical memory and the (partial) monopolisation by national legal systems of historical interpretation. If we are to engage in meaningful transnational comparison of such instruments, their functional properties, and their socio-legal impact, we will need an neutral, inclusive and open-ended conceptual typology rather than one rooted in the contingent development of positive law in Europe.

Deepening the Chinese Rule of Law by Monopolising Memory

In recent years, the Chinese state, or more accurately the Chinese party-state, has committed itself to turning China into 'a law based country'. This began in 2012 when Xi Jinping came to power and has since become a key policy objective. In 2018, the aim of 'advancing the rule of law under Chinese socialism' was included in the PRC Constitution. This 'legal turn' in Beijing's domestic statecraft draws on an instrumentalist, narrow understanding of the law, which must at all times remain subordinated to political power, exercised exclusively by the Chinese Communist Party (CCP).

The emerging scholarship on Beijing's authoritarian legality has yet to address the rise of Chinese memory laws, despite the fact that historical memory in China is increasingly shaped through law, broadly defined. This includes major CCP resolutions on history as well as a range of formal laws, quasi-laws and implementing measures. The state draws on this expanding system of declaratory, regulatory and punitive regulations to monopolise 'correct' memory and suppress what it deems 'historical nihilist' counter-memory. There is only one correct interpretation of the national past, and it is the party-state –

and the party-state alone – that promulgates and polices it.

In 2018, the Chinese state enacted the Heroes and Martyrs Protection Law, which calls on citizens to 'respect, study, and defend' national heroes and criminalises their defamation. To date, laws such as these have been invoked by Chinese courts to imprison a popular blogger for questioning Beijing's official account of the 2020 Sino-Indian border clashes; to cancel a veteran journalist who ridiculed the depiction of Chinese soldiers in a state-sponsored blockbuster propaganda film on the Korean War; and to rebuke and censor a historian for questioning a story of local heroes in World War II included in standard history textbooks. At the same time, the new laws are also at the base of a wide-scale domestic policy push aimed at promoting the 'spontaneous' commemoration of martyrs by the general public during national holidays.

The Long Arm of China's Memory Laws

But the impact of China's far-reaching new memory laws is not limited to its domestic jurisdiction. As China is globalising, it is not just Chinese products, capital, labour and know-how that are crossing its domestic borders; although less widely noticed, so too are Beijing's state-sanctioned discourses, practices and norms. And this trend also is supported by a recently expanded system of laws and related regulations.

In April 2020, the Chinese Ministries of Veterans Affairs, Foreign Affairs and Finance, together with the Political Work Department of the Central Military Commission, jointly promulgated a set of implementing measures of the Heroes and Martyrs Protection Law. Under these measures, Chinese embassies and consulates abroad are obligated to erect, maintain and protect memorials for Chinese martyrs who are buried in their respective host countries and are further encouraged to 'guide' Chinese delegations, tourists, students and expats in commemorative activities.

Accordingly, what Chinese state media tends to portray as 'spontaneous' participation in official commemorations of Chinese martyrs abroad, such as the victims of the NATO bombings of Belgrade in 1999, perfectly fits a deliberate strategy supported by an expansive system of memory laws with extraterritorial effect. Apart from the three journalists in Serbia, other recognised Chinese martyrs in Europe include tens of thousands of labourers who perished during World War I in Belgium and France and two engineers who gave their lives during construction work in Malta.

Upholding the Rule of Law in Europe

Where the application of these measures leads to government interference with Chinese nationals residing in European societies, this could constitute a violation of fundamental rights granted to them by the host state's national constitution and international treaties to which it is a signatory. These could include the right to freedom of thought, the right to hold opinions without interference and the right to freedom of expression, as stipulated in articles 18 and 19 of both the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.

Any such violation would require an immediate and firm response from the host state in the form of effectively safeguarding and enforcing the rights of the foreign visitors and residents involved. Liberal democracy is inherently vulnerable and requires constant maintenance. But ultimately even more concerning than the external threats posed by authoritarian memory practices are those emerging from within as a result of the emulation of these practices.

As I have set out elsewhere, I do not think that authoritarian memory laws can be effectively countered by codifying one's own historical interpretations and promulgating one's own monopoly on memory. Such a response not only risks kindling a 'memory war' that may ultimately result in actual conflict but also eats away at the rule of law at home. Rather than allowing such 'backsliding' to weaken European democracies, a wiser response would be to keep highlighting to the public the controlled and coercive nature of memory production in authoritarian states whilst ensuring safe and open environments at home for unhampered debate on controversial historical topics.

Probing Chinese Memory Laws

Regardless of one's stance in the 'slippery slope' debate on memory laws, there is an urgent need to enhance our understanding of memory laws also outside of Europe, abandon deceptive binaries of 'democracy' versus 'autocracy', and adopt open-ended, functional models for studying and comparing memory laws. As global memo-

ry practices may be converging in unexpected ways, it is time to start paying more attention to the formal lawmaking practices of authoritarian states and to the expanding system of Chinese memory laws.

Meanwhile, all signs are pointing to an unprecedented commemoration of Chinese martyrdom in Serbia next week on the occasion of the 25th anniversary of the NATO bombings. It has been speculated that Chinese president Xi Jinping will attend this year's commemoration during his first post-Covid trip to Europe. Whether he does participate remains to be seen, but if the Chinese head of state is in Belgrade at that time he would be wise to do so, lest he fall foul of Beijing's far-reaching new memory laws.

Arpitha Kodiveri

The Genre-Bending of Climate Litigation in India

doi: 10.59704/6ac2f232871d550a

In a widely acclaimed judgment, India recently saw its first climate ruling issued by the Supreme Court (M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India). The Court derived the right to be free from the adverse effects of climate change from Article 21 and Article 14 of the Constitution. The ruling of the Supreme Court has been classified in this blog as an important step in connecting human rights and climate change. In this blog post, I offer another overarching route that cases connected to climate change in India have taken, which is genre-bending in that they use environmental litigation as the pathway to also address climate change. Rather than being on the periphery of these cases, climate change bridges environmental and climate jurisprudence. This genre-bending does not make these cases incidental but an intentional form of climate litigation whose contribution serves as fertile ground for jurisprudence to develop on the ecological polycrisis.

Intensifying heatwaves and rising authoritarianism

The headlines this past month have been consumed by the impacts of the ongoing heatwave across India and South Asia. The heatwave is accompanied by significant air pollution and a lack of access to water in many Indian cities. The environmental and climate reality of India, like that of other climate-vulnerable countries, is emblematic of the ecological polycrisis, which encompasses biodiversity loss, pollution, water and housing shortages, and climate change.

Another political challenge framing the polycrisis is the global rise of authoritarianism, which can be categorised as anti-green. In India, too, the rise of authoritarianism has been linked to decisions that exacerbate the environmental polycrisis. A recent statement released by more than seventy civil society organizations highlights how the current government has been diluting key environmental laws, such as the Forest Conservation Act,1980.

The climate crisis thus is an element of the larger polycrisis, and litigating the climate crisis requires a more holistic approach that accounts for its connections to other ecological crises. However, climate litigation has emerged globally as a specific genre of litigation that specifically focuses on examining climate harms and developing jurisprudence on mitigation, adaptation, and loss and damage. Within the climate litigation community, there is an artificial separation between broader environmental litigation and climate litigation. While there are examples of existing environmental laws and principles being repurposed for climate impacts, a divide remains between the types of cases and issues addressed by these two genres of litigation. This separation, I argue, risks fragmenting jurisprudence instead of fostering a more holistic approach to the polycrisis.

The Genre-bending of Climate litigation

In M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India, the court begins by examining the plight of the great Indian bustard and documenting the threats the endangered species faces. The court notes that "pollution, climate change, predators and competition with invasive species are among the many threats that exacerbate the challenges faced by these vulnerable species". In doing so, the court already acknowledges the need to examine this case not purely through the lens of climate change but also in the context of other environmental harms such as pollution.

The extension of the right to life to include the right to be free from adverse effects of climate change is the other side of the coin of the right to a clean and healthy environment. This further solidifies and bridges what forms a spectrum of jurisprudence on the ecological crisis. The linkages between environment and climate are reinforced as the court notes, "without a clean environment which is stable and unimpacted by the vagaries of climate change, the right to life is not fully realized." In some ways, a clean environment is read alongside the need to be protected from climate impacts.

In other cases, like Bombay Environmental Action Group v. State of Maharashtra, the petitioner argued for the conservation of Mangroves as a way to protect the city from sea-level rise, as well as conserving biodiversity using key environmental legislation. In Karnataka Industrial Areas Development Board v. Sri. C. Kenchappa, 2006, a case concerning improper land acquisition prompted the court to reflect on the need for prioritizing environmental concerns as a means of shielding against the adverse impacts of climate change. In a more recent case, The State of Telangana v. Mohd. Abdul Qasim, a case concerning a land conflict and the categorization of forest land was used as an opportunity by the court to incorporate concerns for the rights of nature and climate change. In the judgement, the court notes, "India's forest and tree cover is serving as a major mode of carbon mitigation for India and the world."

In Ridhima Pandey V Union of India, too, the case advocates for the enforcement of existing environmental laws as a strategy to better cope with the climate crisis. The petition notes "that there are various environmental legislations and rules/notifications made thereunder existing in India which, if effectively implemented in its true spirit, would aid in tackling the issue of adverse climate change impacts". The petition specifically emphasizes the enforcement of key forest and biodiversity legislation. Here too, the linkages between environmental law and climate law are neatly established.

These cases, and many more to come, offer a promising route where environmental litigation and existing environmental jurisprudence are used to address the climate crisis in a holistic way. While environmental law and jurisprudence may currently be inadequate to address specific climate-related legal questions, these gaps can be filled with newer legal ideas. However, the risk of artificially separating environment and climate litigation could lead to a fragmented and overly specialized jurisprudence that fails to encompass the complex environment and climate reality shaped by the polycrisis.

Deregulation and the Judiciary

As mentioned earlier, the current and previous governments have been chipping away at India's environmental legal framework. In M.K. Ranjitsinh and Others v. Union of India, the case calls for an umbrella legislation that relates to climate change. While there is a legislative gap that has to be filled, the challenge in the current political climate is a larger one of avoiding the deregulation of environmental laws that undergird the legal protections against climate and environmental harm.

The present government has been deregulating environmental laws like the Forest Conservation Act,1980, a primary legislation to conserve the forests. The amendment to dilute the FCA aimed to restrict the definition of forests which previously was broad to include all areas which come within the dictionary meaning of forests. In bringing these amendments to environmental laws, which has included amendments to the Biodiversity Act and Environmental Impact Assessment notifications, it has been done with limited adherence to parliamentary procedure and public participation. The judiciary has had to intervene in these instances too to limit the dismantling of environmental law.

The proposition of new climate legislation as mentioned in *M.K. Ranjitsinh* can either provide an opportunity to re-examine the legal infrastructure needed for combatting the climate crisis and fill the gaps needed or it may result in more diluted legislation being passed under the guise of climate change. The amendments that dilute the FCA were brought to make the law more appropriate to tackle climate change.

In conclusion, climate litigation in India, and *M.K. Ranjitsinh* in particular can be seen as bending genres and creating a continuum of jurisprudence that addresses the polycrisis. The question of climate legislation however is a harder one as the track record thus far shows rapid deregulation with the misappropriation of climate change as opposed to strengthening legal protections.

Stefan Talmon

Why the Provisional Measures Order in Nicaragua v. Germany severely limits Germany's ability to transfer arms to Israel

doi: 10.59704/e0f20b33165c0ad0

In response to the barbaric terrorist attack by Hamas on 7 October 2023, Israel, in exercising the right to self-defence, embarked on an extensive aerial bombardment of Hamas positions in the Gaza Strip followed by a large-scale ground invasion of the territory. In the words of Judge Al-Khasawneh, Israel's military operation has given rise to 'an ongoing human tragedy of semi-apocalyptic proportions'. The events in the Gaza Strip triggered South Africa in December 2023 to institute proceedings against Israel before the International Court of Justice (ICJ) accusing Israel of breaches of the Genocide Convention, including the commission of genocidal acts against the Palestinians in Gaza.

This was followed on 1 March 2024, by an Application brought by Nicaragua against Germany for alleged violations of the Genocide Convention, international humanitarian law, and other norms of general international law in relation to the Occupied Palestinian Territory, particularly the Gaza Strip. Nicaragua claimed that by providing political, financial and military support to Israel and by defunding the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), Germany was facilitating the commission of genocide by Israel and violating its obligation to ensure respect for international humanitarian law. Nicaragua also requested that the ICJ indicate provisional measures as a matter of extreme urgency with respect to Germany's 'participation in the ongoing plausible genocide and serious breaches of international humanitarian law and other peremptory norms of general international law occurring in the Gaza Strip'.

While Nicaragua did not get any of the provisional measures requested, the request for provisional measures may nevertheless have achieved its aim of preventing Germany from providing arms to Israel for use in the Gaza Strip.

Nicaragua's request for provisional measures

Requests for provisional measures have priority over all other cases and thus the Court held public hearings on 8 and 9 April 2024. At the hearings, Nicaragua requested that the Court indicate three provisional measures to Germany: (1) Germany was to suspend exports of military equipment and war weapons to Israel, in so far as these items would be used to commit or facilitate serious violations of international humanitarian law or genocide; (2) ensure that military items already delivered by Germany to Israel were not used to commit or to facilitate serious violations of international humanitarian law or genocide; and (3) resume its support and financing of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) in respect of its operations in Gaza. Germany, on the other hand, asked the Court to reject Nicaragua's request for provisional measures and to remove the case from its general list of cases due to a lack of jurisdiction.

In its Order on Provisional Measures in the case concerning *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, the ICJ decided on 30 April 2024 not to accede to Germany's request to remove the case from its list because there was 'no manifest lack of jurisdiction'. This means that the case will go ahead. However, it is expected that, as a next procedural step, Germany will raise preliminary objections to the Court's jurisdiction and the admissibility of Nicaragua's application. In that case, the Court will suspend the proceedings on the merits and hold another public hearing on the questions of jurisdiction and admissibility. This will probably not take place before the end of 2025. Only if the Court re-

jects Germany's preliminary objections will the case proceed on the merits, which seems highly unlikely. Even in the best-case scenario, the court will not render a final decision in the case before 2027.

The victory that wasn't

The more important aspect of the Order is, however, that the ICJ declined to indicate any provisional measures. This is not surprising with regard to Nicaragua's request that Germany be ordered to resume is support and financing of UNRWA because, as the Court observed, 'contributions to UNRWA are voluntary in nature', and Germany had continued to support UNRWA through the European Union and had provided financial and material support to other organisations operating in the Gaza Strip. In the meantime, Germany had also announced that it would resume direct funding of UNRWA's Gaza operations.

The ICJ also did not order Germany to suspend the export of war weapons and other military equipment to Israel. In an almost unanimous decision, by fifteen votes to one, the Court found that 'the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require' the indication of provisional measures. Only Judge Al-Khasawneh, the judge ad hoc appointed by Nicaragua, dissented.

The Court's Order was widely interpreted as a victory for Germany. In particular, it was said that Germany could continue to deliver arms to Israel. A closer examination of the Order, however, points to the opposite.

The Provisional Measures Order is unusual in several respects. It is one of the shortest provisional measures orders in the history of the Court– the substantive part of the decision is under two pages. It does not provide any proper legal reasoning and, in particular, does not mention, let alone engage with the well-established requirements for the indication of provisional measures (prima facie jurisdiction, including prima facie admissibility; standing; plausibility of the rights asserted by the Applicant; link between the rights asserted and the measures requested; urgency in the sense of a real and imminent risk of irreparable prejudice). Instead, the Court simply found that 'based on the factual information and legal arguments presented by the Parties…, at present, the circumstances are not such as to require' the indication of provisional measures. This suggests that the judges were divided on which points to address in the reasoning. It seems that some judges wanted to deal with the highly controversial question of whether Israel was an indispensable third party to the proceedings at the provisional measures stage of the proceedings, while others did not. In the end, not entering into any discussion of the requirements for provisional measures and simply referring to the 'circumstances' sidestepped this problem. This triggered criticism by Judge Al-Khasawneh who stated that the 'reasoning' deployed had 'much in common with the compromise-seeking parlance and *oratio obliqua* of political discourse.'

A close reading of the decision and especially the declarations, as well as the separate and dissenting opinions by individual judges reveals, however, why the Court did not indicate provisional measures. The Court considered that there was no real and imminent risk that Germany's conduct would cause irreparable prejudice to the rights at issue before the Court could give its final decision. The Court based this finding on Germany's submissions during the public hearings. In the four paragraphs of its Order that come closest to legal reasoning, the Court referred to Germany's statements no fewer than nine times. This prompted Judge Al-Khasawneh to note that the Court's entire 'reasoning' is comprised of five paragraphs, virtually all based on what Germany asserts. In the public hearings, Germany had pointed out that its rigorous domestic legal framework for the export of war weapons and other military equipment was sufficient to prevent any risk of prejudice to the rights at issue. For every arms export licence that was granted, an assessment was carried out by the German Government to ascertain whether there was a clear risk that the particular item subject to licensing would be used in the commission of genocide, crimes against humanity or grave breaches of the four Geneva Conventions. Germany had also pointed to the significant decrease in the value, content and volume of military assistance to Israel since November 2023. The value of material for which the licences were granted had decreased from approximately €200 million in October 2023 to approximately €24 million in November 2023 to approximately €1 million in March 2024. In addition, 98 per cent of the licences granted since 7 October 2023 concerned other military equipment and not war weapons. In a nutshell, there was no need for an order to stop the export of war weapons to Israel because Germany had stated before the Court that it currently did not export such weapons and that the other military equipment exported to Israel could not be used for the commission

of genocidal acts or violations of international humanitarian law.

Significant restrictions on arms exports

The Court nevertheless reminded Germany of its international obligation that when supplying arms to parties to an armed conflict it must 'avoid the risk that such arms might be used to violate the [Genocide and Geneva] Conventions.' Germany is thus subject to an obligation of due diligence when providing weapons to Israel. That there is a real risk of violations of the Geneva Conventions, becomes clear from the Court's finding that Israel's military operation in the Gaza Strip resulted in 'a large number of [civilian] deaths and injuries, as well as the massive destruction of homes, the forcible displacement of the vast majority of the population, and extensive damage to civilian infrastructure.' In order to avoid the risk that German arms might be used by Israel in violation of the Genocide or Geneva Conventions, Germany must not provide war weapons to Israel for use in military operations in the Gaza Strip.

By expressly emphasising that, 'at present', circumstances did not require the indication of provisional measures, the Court made it clear that it could indicate such measures in the future. The Court put Germany on notice that it would accede to new request by Nicaragua if it resumed the export of war weapons and other military equipment to Israel that could be used to commit or to facilitate serious violations of the Genocide or Geneva Conventions. That the indication of provisional measures remains a real possibility is also shown by the fact that in the operative clause of the Order the Court did not 'dismiss' or 'reject' Nicaragua's request for provisional measures outright, as asked for by Germany, but that it used the softer language of finding that 'the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures.' As the decision not to indicate provisional measures was not based on legal but on factual grounds, that decision can change whenever the facts do.

Although the Court thus did not generally ban the provision of arms to Israel, it did impose significant restrictions on it. The supply of arms that are at risk of being used in violations of the Genocide Convention or international humanitarian law – in practice, any war weapon that could be used in active combat in the Gaza Strip – is contrary to Germany's international obligations and may give rise to another request for the indication of provisional measures by Nicaragua.

This article has been cross-posted with GPIL – German Practice in International Law.

Michael A Becker

Nicaragua Comes Up Empty

Provisional Measures in Nicaragua v Germany at the ICJ

doi: 10.59704/ed460670c22219c8

On 30 April 2024, the International Court of Justice (ICJ) rejected a request by Nicaragua for the indication of provisional measures in connection with claims relating to Germany's support for Israel in the ongoing Gaza conflict. In a terse, sparsely-reasoned decision, the Court decided 15-1 that the circumstances were 'not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures'. While this outcome was not necessarily surprising to those who had followed the proceedings, the Court's approach—in which it declined to address the usual requirements for the indication of provisional measures—was unusual. Indeed, this may be an instance in which various individual opinions reveal more than the decision itself.

Nicaragua's claims and request for provisional measures

Nicaragua initiated its ICJ case against Germany on 1 March 2024, approximately two months after South Africa brought a case against Israel alleging violations of the 1948 Genocide Convention—a case that has already led to two provisional measures orders against Israel (on 26 January 2024 and on 28 March 2024). With Nicaragua invoking the Court's jurisdiction based on the parties' respective optional clause declarations and Article IX of the Genocide Convention, this marks the latest example of 'strategic' or 'public interest' ICJ litigation aimed at the enforcement of collective obligations.

Nicaragua's claims can be summarized as follows:

- First, that by providing weapons and other military equipment to Israel and by suspending funding to UNRWA, Germany is in breach of its obligation to prevent genocide under Article I of the Genocide Convention and is actively contributing to the alleged commission of genocide in Gaza;
- Secondly, that based on the same conduct, Germany is failing to meet its obligation to ensure respect for international humanitarian law, as required by Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions; and
- Thirdly, that Germany's conduct violates the Palestinian people's right to self-determination.

Nicaragua requested the Court to indicate provisional measures that would direct Germany 'to immediately suspend its aid to Israel, in particular its military assistance including military equipment' that may be used to violate international law, and that Germany reverse its decision to suspend UNRWA funding and 'do everything possible to ensure that humanitarian aid' reaches Gaza (Application, para 101).

Germany's response

At a hearing held on 8-9 April, Germany asked the Court to reject the request and to remove the case from the General List. In addition to arguing that Nicaragua had filed the case prematurely and therefore failed to establish the existence of a dispute (CR 2024/16, pp 23-24, 30-34), Germany also argued that Israel was an indispensable third party to the proceedings because the claims under the Genocide Convention and IHL could proceed only upon a determination that Israel had committed an internationally wrongful act (CR 2024/16, pp 24-30). (For additional analysis of the *Monetary Gold* issue, see Alexander Wentker and Robert Stendel here and Imogen Saunders here).

Germany also highlighted the domestic legal framework that provides oversight over the export licensing of 'war weapons' and 'other military equipment', including the due diligence required by German law to ensure that military aid not be used to commit violations of international law (CR 2024/16, pp 17-18). Germany's position was that the obligation to ensure respect for IHL did not mean that a state could never provide military support to a state involved in an armed conflict, but rather that states must undertake a proper risk assessment before doing so (CR 2024/16, p 38-41, 44-45).

Germany also took issue with Nicaragua's factual allegations, which it consistently portrayed as false, mislea-

ding, or exaggerated. This included the accusation that Germany had dramatically *increased* aid to Israel following the 7 October attacks. By contrast, Germany represented to the Court that military aid to Israel had *decreased* substantially since the end of October 2023, with hardly any licenses approved for 'war weapons' (CR 2024/16, pp 18-22). It also explained how Nicaragua had mischaracterized various types of military kit and equipment. Taken together, this was damaging to the credibility of Nicaragua's claims. Finally, Germany made the case that it had been working assiduously on the diplomatic front to improve the humanitarian situation in Gaza and had supported other efforts to provide funding to UNRWA, even following the suspension of direct payments by Germany (CR 2024/16, pp 14-16, 44, 47-48).

The ICJ's decision

As noted above, the Court's Order of 30 April 2024 concluded that present circumstances did not require the indication of provisional measures, but it did so in a curious decision that was almost entirely devoid of reasoning. In five short paragraphs (paras 16-20), the Court recounted Germany's arguments about the domestic legal framework for the oversight of military assistance, including the assessment carried out to determine whether items 'would be used in the commission of genocide, crimes against humanity or grave breaches of the four Geneva Conventions' (para 17). The Court also highlighted the 'significant decrease' in export licenses since November 2023, including only four licenses relating to 'war weapons' (para 18). The ICJ also noted that UNRWA contributions were 'voluntary in nature' and that no payments from Germany to UNRWA had actually been due at the relevant time (para 19). For the Court, this evidence led to the conclusion that provisional measures were not required (para 20).

In short, this was a judicial determination that turned entirely on facts—and these facts ultimately went to whether the situation presented an urgent risk of irreparable prejudice to the rights at issue in the case. This is a requirement for the indication of provisional measures. As Judge Iwasawa pointed out at paragraph 4 of his separate opinion, the Court need not examine each of the requirements for provisional measures if any single requirement is not satisfied.

Nonetheless, the decision departed from the Court's usual approach. The Court did not engage closely with the nature or scope of the legal obligations invoked by Nicaragua or whether the rights invoked by Nicaragua were plausible. Nor did the Court consider *prima facie* jurisdiction, including whether the *Monetary Gold* issue should be addressed at the provisional measures phase. Moreover, the Court never even stated expressly that Nicaragua had failed to establish an urgent risk of irreparable prejudice, even if this was ultimately why the request did not succeed.

While Nicaragua therefore came up empty on provisional measures, the Court rejected Germany's request to have the case removed from the General List. This was not a case of 'manifest lack of jurisdiction' (para 21). Left unsaid was whether the *Monetary Gold* question (which goes to admissibility rather than jurisdiction) had any relevance to this question, despite the extensive attention devoted to it in the oral hearing. The issue will undoubtedly be fully aired at the preliminary objections phase if the case moves ahead.

Finally, the Court concluded with three paragraphs that reiterated its deep concern with 'the catastrophic living conditions of the Palestinians in the Gaza Strip' (para 220) and repeated the obligations under IHL and the Genocide Convention invoked by Nicaragua, noting that it was important 'to remind all States of their international obligations relating to the transfer of arms to parties in an armed conflict' (paras 23-24). As Juliette McIntyre points out, the Court dedicated more words to reminding states about their general obligations under international law than it did to explaining its decision in the case at hand.

Separate and Dissenting Opinions

In total, five judges (Vice President Sebutinde, Judges Iwasawa, Cleveland, and Tladi, and Judge *ad hoc* Al-Khasawneh) wrote separately—and the opinions and declarations make for more interesting reading than the Order itself.

On 'scanty reasoning' and a 'novel approach'

One theme was the Court's decision not to engage with the specific requirements for the indication of provisional measures. Expressing concern with states asking the Court to 'micro-manage' the conduct of hostilities through provisional measures requests, Vice-President Sebutinde described the Court's decision 'not to reference or apply any specific criteria' as regrettable (para 1). In her view, the Court took a 'strange approach' marked by

'scanty reasoning' and should have rejected Nicaragua's request outright, rather than adopting softer language 'for no discernible reason' (para 3).

Judge Al-Khasawneh (the judge *ad hoc* appointed by Nicaragua, but who served previously as a member of the Court from 2000 to 2011) also criticized the 'unusual document' produced by the Court and described it as 'truly unfortunate' that the Court 'opted for a novel approach constituting a departure' from its established approach to provisional measures requests (paras 1-2). But unlike Vice President Sebutinde—who viewed Nicaragua's request as unable even to satisfy the requirement of *prima facie* jurisdiction (para 27)—Judge Al-Khasawneh (who cast the sole dissenting vote) concluded that Nicaragua's claim satisfied each prong of the five-part test (para 4).

In what appeared to be a response to such criticisms, Judge Iwasawa, as noted above, explained that it was enough for the Court to address Nicaragua's failure to have established 'any real and imminent risk of irreparable prejudice' or urgency (para 13). It was enough that Nicaragua had 'not sufficiently shown that Germany had failed to exercise due diligence in reviewing its exports of military equipment to Israel' (para 11). In his view, this was the thrust of the Court's reasoning at paragraphs 16-19 of the Order (discussed above).

Taking a different position, Judge Tladi endorsed the Court's willingness to get away from the 'straitjacket' of provisional measures requirements that may compel the Court 'to tick untickable boxes' (para 7). In his view, the nature of Germany's assurances justified the Court's more 'fluid' approach (para 8).

On plausibility

While the Order did not address the question of 'plausibility' (which is now a standard part of the Court's approach to provisional measures), several judges took up this issue, which continues to generate confusion (and which was addressed briefly by the Court's former president in a recent BBC interview). At its root, the lingering question is whether the Court's plausibility standard requires the party seeking provisional measures to establish (i) the plausibility of the *rights* at issue in the case (and for which interim protection is sought) or (ii) the plausibility of the *claims* or *allegations* in the main case. While the Court expressly refers to the plausibility of rights in its orders, it has sometimes applied the requirement in ways that suggest a focus on the plausibility of the requesting party's claims on the merits (see, for example, the plausibility analysis at paragraphs 49-56 of the provisional measures order in *The Gambia v Myanmar* case).

Part of this confusion is due to the fact that the plausibility of rights will be obvious in some cases (and, indeed, will be more than merely 'plausible'). The plausibility requirement makes better sense when the rights invoked by a party depend on a novel theory of treaty interpretation, such as Ukraine's claim in its Genocide Convention case against Russia, or an untested proposition of customary international law, as in Timor Leste's claim against Australia in the *Certain Documents* case. In other words, the idea that a party requesting provisional measures must establish the plausibility of *rights* (rather than *claims*) is not incoherent, as some have suggested. But this rationale for plausibility gets lost in those cases where the rights at issue are essentially beyond dispute. This does not mean that it would not be justifiable for the Court to extend the plausibility analysis to a party's claims, but this would constitute a different standard whose exact requirements remain unclear.

Notwithstanding the absence of 'plausibility' from the Court's order, some judges addressed the question. Judge Iwasawa took the view that plausibility relates to *rights* (including the rights of states parties to seek compliance with obligations *erga omnes partes* under human rights treaties) (para 18). A further inquiry into specific evidence relating to alleged violations of those rights goes to the risk of irreparable prejudice and urgency, not plausibility (para 20). He acknowledged, however, that in some past cases, it has appeared as if the Court were also assessing the plausibility of *claims* (para 20).

By contrast, Judge Tladi took the view that plausibility helps the Court to establish that a party has at least '*some* prospect of success on the merits' and that this includes assessing 'whether there is a plausibility that the rights are being or have been infringed' (para 8). Judge Al-Khasawneh indirectly touched upon the issue by describing the Court as having found Israel 'to be plausibly engaged in an ongoing genocide' (para 3) in its Order of 26 January in *South Africa v Israel*. In short, these different views mainly served to underline a continuing lack of agreement on plausibility.

Final observations: Losing but winning?

On its face, Nicaragua's request for provisional measures failed—and failed badly. Moreover, to the extent that Nicaragua's case also seeks to embarrass Germa-

ny, that effort also seems to have gone awry. Indeed, the fact that Nicaragua has highlighted its acceptance of the Court's compulsory jurisdiction might even encourage some other state to bring a new ICJ case against Nicaragua in connection with its own problematic record on human rights.

However, the Court's Order does not mean that Nicaragua's decision to seek provisional measures will necessarily have been for naught. Germany persuaded the Court that provisional measures were not warranted by emphasizing the significant reduction in military assistance to Israel and by simultaneously acknowledging the gravity of the situation (see the Declaration of Judge Tladi, para 3). The practical effect of this representation to the Court may be akin to that of a unilateral declaration, even if (as Judge Tladi points out at paras 10-11) Germany's assurances to the Court were not quite presented as such. But Germany may now find it difficult—both politically and as a matter of litigation risk—to reverse course and resume any substantial provision of military aid to Israel amidst the continuing conflict in Gaza, notwithstanding the special role that Israel's national security plays in German foreign policy. Nicaragua did not obtain the injunction that it sought from the Court, but the practical effect on Germany's conduct may be little different.

Two other points merit comment.

Judge Cleveland's Declaration largely sought to elaborate upon the duties of prevention under the Genocide Convention and the Geneva Conventions. This offered a potential preview of the substantive legal issues to be addressed at the merits stage, if the case survives, and the potential opportunity for the Court to clarify the requirements for aiding or assisting in the commission of an internationally wrongful act, especially in the context of IHL (questions that remain contentious, as illustrated here and here.) Judge Cleveland also drew a helpful contrast (para 14) between Germany's legal framework governing military exports and the Dutch approach, as examined in the recent case involving the transfer of F-35 fighter jet parts from the Netherlands to Israel (discussed here).

Finally, it is worth returning to Judge Al-Khasawneh's strident dissent. As noted above, the Court's decision turned largely on the Court's willingness to accept Germany's version of the facts. Yet Judge Al-Khasawneh expressed disbelief that the Court could be so naïve as to not understand the actual use for the 3,000 anti-tank weapons sent from Germany to Israel after 7 October. As he put it, such weapons, 'especially when employed against an enemy which does not have tanks, as is the case in Gaza . . . are used to target homes and other buildings with the devastating effect of penetrating the building and indiscriminately incinerating everyone inside' (para 6). That said, this was not an argument that Nicaragua made directly in the proceedings.

More pertinently, Judge Al-Khasawneh also noted that Nicaragua had submitted additional information to the Court, subsequent to the oral hearing, that seemingly cast some doubt upon Germany's assertions about the non-provision of 'war weapons' since late 2023 (see para 9). This may raise serious questions, but it was apparently not enough to persuade any other judge to advocate for provisional measures. Nonetheless, this goes to Judge Al-Khasawneh's 'serious misgivings' about the fact that one round of pleadings left Nicaragua with no opportunity to respond to Germany's arguments, which it heard for the first time in the Great Hall of Justice; this constituted 'a serious procedural flaw' (para 18). These concerns have some merit. While the Court may have organized the hearing with a view to speed and efficiency, it may have been prudent to allow for an additional round of pleadings in such a fact-heavy case.

In sum, Nicaragua's request for provisional measures—which some always viewed as an uphill battle—did not succeed. If the case proceeds, there will be an important opportunity to consider how the indispensable third-party rule intersects with obligations that focus on risk and prevention. If Nicaragua survives that hurdle, it will then be able to mount a new challenge to the adequacy of Germany's oversight framework. At the end of the day, the case may yet provide the Court with opportunities to address and clarify an important legal question: the nature and scope of due diligence obligations in the context of arms transfers and other forms of aid and assistance to parties engaged in armed conflict.

Lisa Wiese, Charlotte Langer

Gaza, Artificial Intelligence, and Kill Lists

doi: 10.59704/07a0756a3c08e64a

One of the greatest challenges in warfare is the identification of military targets. The Israeli army has developed an artificial intelligence-based system called "Lavender" that automates this process by sifting enormous amounts of surveillance data and identifying possible Hamas or Islamic Jihad (PIJ) fighters based on patterns in that data. This approach promises faster and more accurate targeting; however, human rights organizations such as Human Rights Watch (HRW) and the International Committee of the Red Cross (ICRC) have warned of deficits in responsibility for violations of International Humanitarian Law (IHL) arguing that with these semi- or even fully automated systems, human officers experience a certain "routinization" which reduces "the necessity of decision making" and masks the life-and-death significance of the decision. Moreover, military commanders who bear the onus of responsibility for faulty targeting (IHL-breaches) may not have the capacity anymore to supervise the algorithmic "black box" advising them.

In the following, we will examine these concerns and show how responsibility for violations of IHL remains attributable to a state that uses automated or semi-automated systems in warfare. In doing so, we will demonstrate that even though the new technological possibilities present certain challenges, existing IHL is well equipped to deal with them.

AI in Warfare – Advantages and Risks

The advantages of AI in warfare are essentially the same as in any other field. Due to its capacity to process enormous amounts of data very quickly, identify patterns in data and apply those findings to new data sets, AI promises a significant increase in speed, accuracy, and efficiency of military decision-making. Thus, AI offers advantages not only for military officials looking to identify relevant targets for attacks, but also for the protection of civilians. If programmed and used well, AI systems are capable of flagging protected civilian structures more accurately and quickly than human officers, and of planning and executing more precise strikes to reduce civilian casualties. Decreasing human involvement in decision-making may also contribute to the protection of civilians by removing the source of unintentional human bias.

However, AI systems have reached a level of sophistication and complexity that often makes it impossible for humans to understand the reasons behind their assessments, which is why these systems are often referred to as "black boxes". This gives rise to the concern that human operators might escape responsibility by claiming that they were unable to exercise meaningful control over the machine and thus cannot be held accountable for its decisions. This deflection of legal responsibility from humans to software is what organizations like Human Rights Watch describe as "responsibility gap". To put it bluntly: we do not believe that such a responsibility gap exists. To alleviate concerns about AI-induced "responsibility gaps" and show how responsibility can still be assigned, this article first illustrates how such a system functions exemplified by the Israeli system called "Lavender", which is used in the current Gaza war, before turning to an in-depth analysis of responsibility for its recommendations under IHL.

Automated Decision Support Tool in Targeting – "Lavender"

According to a report published by +972 magazine and Local Call, Israel has used this system to mark tens of thousands of potential Hamas and Islamic Jihad targets for elimination in Gaza. The system was fed data about known Hamas operatives and asked to find common features among them. Such features might be membership in certain chat groups or frequently changing one's cell phone and address. Having found those patterns, the system could then be fed new data about the general population and asked to track down those common features that presumably indicate Hamas affiliation. In essence, this approach is not very different from the procedure carried out before by human intelligence officers, but automati-

on makes it much faster.

According to the testimony of six anonymous Israeli intelligence officers, all of whom served during the current war in Gaza and had first-hand experience with this system, the army relied almost entirely on Lavender for target identification in the first weeks of the war. During that time, the system flagged up to 37,000 Palestinians as suspected militants, marking them and their homes for possible airstrikes. A second AI system named "Where's Daddy" was built specifically to look for them in their family homes rather than during military activity because it was easier to locate the targets when they were in their private houses. According to the report, the system accepted collateral damage of 15-20 civilians for a single low-ranking Hamas or Islamic Jihad (PIJ) fighter and over 100 civilian causalities for a high-ranking commander. One source reports that the army gave sweeping approval for officers to adopt the target list generated by "Lavender" without additional examination, despite knowing that the system has an error rate of about ten percent and occasionally marked individuals with only loose connections to a militant group or none at all. Human personnel reported that they often served only as a "rubber stamp" for the machine's decisions, adding that they would personally devote about "20 seconds" to each target before authorizing a bombing, often confirming only that the target was male. Additionally, the sources explained that sometimes there was a substantial gap between the moment when "Where's Daddy" alerted an officer that a target had entered their house and the bombing itself, leading to the killing of whole families without even hitting the intended target

Constraints of International Humanitarian Law

The described practices raise many questions regarding potential International Humanitarian Law (IHL) violations, e.g. *principle of distinction* (Art. 48 AP I; see also Art. 51(1) and (2) AP I; Art. 13(1) and (2) AP II; ICRC Customary Rules 1, 7) the requirement to strictly distinguish between civil and military objectives. Considering the permissible collateral damage programmed in the system, violations of the *principle of proportionality* (Art. 51 (5b) AP I; ICRC Customary Rule 14) or the *failure to take precautions* (Art. 57, 58 AP I; ICRC Customary Rule 15) seem likely. The fact that Hamas and PIJ militants (both being non-governmental organized armed groups) were targeted at their homes is especially problematic if they are not considered as combatants according to Art. 43(I) AP I (for discussion of applicable IHL norms and conflict classification see here and here). Combatant status for Hamas and PIJ-fighters is controversial because the conflict is classified as either an international or non-international armed conflict by different parties. Combatant status does not apply in non-international armed conflict. Israel (and many other observers) do not consider the conflict between Israel and Hamas an international conflict as Hamas does not represent a State. Also, granting combatant status to Hamas fighters would permit Hamas, from the perspective of the law of conflict, to attack Israeli Defence Force (IDF) soldiers. However, on the flipside, without combatant status, individuals can only be legally attacked if they are actively engaged in hostilities at the time (Art. 51 (3) AP I), which cannot be assumed if they are staying in their homes to sleep.

According to Art. 91 AP I (Art. 3 Hague Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land of 1907 and Customary Rule 149, 150), a party to a conflict that violates international humanitarian law shall be liable to pay compensation. In that case, a state can be held responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces, persons, or entities it empowered to exercise elements of governmental authority, persons or groups acting on the state's instructions, direction or control and persons or groups which the state acknowledges and adopts as its own conduct.

Accordingly, the acts of all State organs carried out in its official capacity, be they military or civilian, are attributable to the State.

State responsibility exists in addition to the requirement to prosecute individuals for grave breaches of IHL (Customary Rule 151, Art. 51 First Geneva Convention; Art. 52 Second Geneva Convention; Art. 131 Third Geneva Convention; Art. 148 Fourth Geneva Convention). Numerous military manuals affirm individual criminal responsibility for war crimes and it is implemented in the legislation of many states.

A State is also responsible for failure to act on the part of its organs when they are under a duty to act, such as in the case of commanders and other superior officers who are responsible for preventing and punishing war crimes (see Customary Rule 153 and Art. 2 ILC-Draft Articles on State Responsibility).

Ensuring Compliance with IHL When Using AI in Warfare

These IHL rules must be observed in warfare, regardless of how decisions are reached. Importantly, this entails that states must ensure that the tools they use — or even advanced tools to which they delegate entire decisions — conform to these rules as well.

If decisions are delegated to automated systems, there are three key points at which certain responsibilities arise: firstly, at the programming stage; secondly, at the command level, where decisions are made concerning the overall strategic use of the finished program; and thirdly, at the stage of day-to-day, ground-level use.

At the programming stage, the principles of IHL must be incorporated into the code of the AI system itself. This entails that training data is carefully selected to rule out false positives later on, that key settings and safeguards are established to reflect the rules of IHL, and that the necessary degree of human oversight is guaranteed to catch errors or malfunctions. The training stage is the point at which the system is fed labeled data and asked to find patterns that distinguish one group from another, such as Hamas operatives from unaffiliated persons. In the case of Lavender, according to the +972 report, "they used the term 'Hamas operative' loosely, and included people who were civil defence workers in the training dataset." This may prove to be a crucial act relevant to IHL, as software engineers thereby "taught" the program to look for the common features of not just militant Hamas operatives, but civilians as well.

Secondly, commanding officers bear responsibility for appropriate use. This entails exercising oversight over the entire process and ensuring that human operators of the AI system in question observe IHL (ICRC, Customary Rules 15–24). In the case examined here, a potential breach of this principle can be found in the fact that commanding officers gave sweeping approval to adopt the kill lists generated by the AI system without further review, thus reducing the procedure of human oversight to a "rubber stamp".

Thirdly, in the execution stage, human operators must comply with their obligation under Art. 57 ZP I (ICRC Customary Rule 16) to do everything feasible to verify that targets are military objectives (on IDF targeting before October 7 see here) and that the decision reflects a balance between military necessity and humanitarian considerations (*principle of proportionality*). This is questionable in the present case, where review of each individual case allegedly took only 20 seconds, during which time the human operator would often only confirm that the target was male.

Thus, even if "Lavender" and "Where's Daddy" are labelled under the (ill-defined) umbrella term "artificial intelligence" and might be perceived to be "autonomous" by some, their development and operation are still determined by human decisions and human conduct, which makes those individuals accountable for their choices. Human officials cannot evade legal responsibility by hiding behind an AI system and claiming lack of control when they simply do not exercise the control that they have.

The main problem that arises from advanced AI military tools is thus one of scale: since AI allows flagging thousands of potential targets almost simultaneously, it challenges human capacity for review and verification. It might, therefore, be tempting for human officials to rely on AI's results without proper verification, thus delegating their decision-making power and responsibility to the machine. It is the responsibility of states, commanding officers, and ground-level operators to withstand that temptation and ensure the responsible and lawful use of these new technologies. However, if they fail to do so, the existing regulations of IHL remain a viable tool to ensure state accountability for violations of the rules of armed conflict.

Conclusion

Before concluding it must be emphasized that this is not a final assessment of the legality of any particular Israeli attack. Such assessments are often unreliable in the fog of war due to the lack of officially confirmed inside information on how the IDF is executing its strikes. But it can be stated that the use of Lavender and other AI-based target selecting tools may make IHL violations more likely.

Crucially, using AI-tools like Lavender does *not* create responsibility gaps for IHL-violations because human decisions continue to determine what these applications can and cannot do and how they are used. For these decisions and the decision-making process (e.g. fully relying on the AI-generated target list), human officials can be held accountable by IHL. Gaza and the Occupied Territories have long been a proving ground for new surveillance technologies and AI warfare. It is important to evaluate

these systems and ensure that technologies that intrinsically (due to human programming) violate IHL do not perpetuate. For such an evaluation, transparency regarding the training data and intelligence processes is essential.

Nonetheless, the existing rules of IHL are well equipped to deal with the new challenges that arise with the use of AI in armed conflict. While humans continue to exercise oversight and control over AI systems, they can be held accountable for their actions if they violate IHL; if they relinquish that control, this decision may in itself be a violation of IHL.

Stefanie Bock

Anträge mit Sprengkraft

Zu den Anträgen auf Haftbefehle durch den Chefankläger des IStGH im Gaza-Konflikt

doi: 10.59704/40dd6f466715c340

Am 20.5.2024 hat der Chefankläger des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), Karim A.A. Khan, bekannt gegeben, dass er in der „Situation Palästina" mehrere Haftbefehle gegen ranghohe politische und militärische Führungspersonen beantragt hat. Die Ermittlungen der internationalen Anklagebehörde richten sich zum einen gegen die Führungselite der Hamas – namentlich gegen Yahya Sinwar als Kopf der Hamas, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (besser bekannt als Mohammed Deif), den Anführer des militärischen Flügels der Hamas, sowie Ismail Haniyeh, den Leiter des Politbüros. Zum anderen beantragte der Chefankläger aber auch Haftbefehle gegen den israelischen Ministerpräsidenten Benjamin Netanjahu und seinen Verteidigungsminister Yoav Galant. Politisch hat diese Entscheidung enorme Sprengkraft. Israel ging erwartungsgemäß in Abwehrhaltung. Der ehemalige Militärchef Israels und Mitglied des israelischen Kriegskabinetts, Benny Gantz, attestierte dem Chefankläger „moralische Blindheit" und bezeichnete sein Vorgehen als „historisches Verbrechen". Auch die USA warnten vor einer „Gleichsetzung" Israels mit der Hamas. Dagegen hob das Auswärtige Amt hervor, dass es die Unabhängigkeit und Verfahrensabläufe des IStGH respektiere, stellte aber zugleich nochmals klar, dass die israelische Regierung das Recht und die Pflicht habe, ihre Bevölkerung vor den Angriffen der Hamas zu schützen. Der Ankläger des IStGH steht damit unter enormen politischen Druck. Auch rechtlich ist die Situation komplex. Dies liegt zum einen an dem immer noch umstrittenen völkerrechtlichen Status Palästinas und zum anderen daran, dass Israel den IStGH nicht anerkannt.

Die Zuständigkeit des IStGH in der Situation Palästina

Der IStGH wurde 1998 durch einen völkerrechtlichen Vertrag geschaffen, der am 1.7.2002 in Kraft getreten ist. Als vertragsbasierter Gerichtshof ist der IStGH weitgehend auf die Anerkennung durch die Nationalstaaten angewiesen. Nach Art. 12 Abs. 2 IStGH-Statut kann er grundsätzlich nur Verbrechen verfolgen, die auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates (Territorialitätsprinzip) oder von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates (aktives Personalitätsprinzip) begangen werden. Universelle Gerichtsbarkeit, die unabhängig vom Tatort oder der Nationalität von Täter und Opfer ausgeübt werden kann, steht ihm nur dann zu, wenn ihm eine Situation vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen zur Ermittlung überwiesen wird (Art. 13 lit. b] IStGH-Statut). Dies ist, wenn es (auch) um mutmaßliche völkerrechtliche Verbrechen israelischer Staatsangehöriger geht, schon deswegen ein unwahrscheinliches Szenario, da die USA ihre Vetomacht regelmäßig nutzen, um potentiell nachteilige Resolutionen gegen Israel zu verhindern. Dass der Ankläger des IStGH im Gaza-Konflikt ermitteln kann, obwohl Israel das IStGH-Statut nicht ratifiziert hat, ist Folge des langjährigen Bemühens Palästinas in völkerrechtliche Vertragssysteme eingebunden zu werden. Bereits 2009 wollte die Palästinensische Autonomiebehörde die Zuständigkeit des IStGH auf einer *ad-hoc*-Basis für alle völkerrechtlichen Verbrechen anerkennen, die seit dem 1.7.2002 auf dem Gebiet Palästinas begangen werden. Eine solche ad-hoc Erklärung nach Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut können aber nur Staaten abgeben. Der völkerrechtliche Status Palästinas war zu dieser Zeit vergleichsweise schwach; so hatte Palästina 2009 beispielsweise nur einen allgemeinen Beobachterstatus bei der UN. 2012 kam der damalige Chefankläger des IStGH Luis Moreno Ocampo dementsprechend zu dem Schluss, dass sich Palästina als „Nicht-Staat" nicht auf Art. 12 Abs. 3 IStGH-Statut berufen und seine Anerkennungserklärung daher keine zuständigkeitsbegründende Wirkung haben könne.

In den Folgejahren konnte Palästina seine internationale Anerkennung aber beständig ausweiten. Insbesondere wurde ihm 2012 von der UN-Generalversammlung durch Resolution 67/19 der Status eines Beobachter*staates* verliehen. Am 1.1.2015 erklärte Palästina erneut, dass es die Gerichtsbarkeit des IStGH in den besetzten Gebieten rückwirkend anerkenne. Einen Tag später hinterlegte Palästina seine Ratifikationsurkunde beim

Generalsekretär der Vereinten Nationen mit der Folge, dass das IStGH-Statut für Palästina zum 1.4.2015 in Kraft trat. Am 22.5.2018 ersuchte Palästina den Ankläger erneut förmlich um Ermittlungen. Im Zentrum stand die israelische Siedlungspolitik, die von Palästina u.a. als Kriegsverbrechen in Form der Vertreibung und der Überführung der eigenen Bevölkerung sowie als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der Verfolgung und des Verbrechens der Apartheid eingestuft wurde. In dem sodann eingeleiteten Vorermittlungsverfahren, in dem die Anklagebehörde prüft, ob eine hinreichende Grundlage zur Durchführung formeller Ermittlungen besteht, kam dann noch einmal die Frage nach der Staatlichkeit Palästinas auf. Nach Art. 13 lit. a) IStGH-Statut können nur Vertrags*staaten* dem Ankläger Situationen zur Ermittlung überweisen. Zudem bezieht sich die territoriale Gerichtsbarkeit des IStGH auf das Hoheitsgebiet von Vertrags*staaten*. Um nicht unnötig Ermittlungsressourcen zu verschwenden, schaltete die Anklagebehörde die Vorverfahrenskammer ein und bat darum, vorab über die Zuständigkeit des Gerichtshofs in der Situation Palästina zu entscheiden (Art. 18 Abs. 3 IStGH-Statut). Der Vorverfahrenskammer gelang es, Rechtsklarheit zu schaffen, ohne Völkerrechtspolitik betreiben zu müssen: Sie ließ in ihrer Entscheidung aus dem Jahr 2021 die allgemeine Frage nach der Staatlichkeit Palästinas offen und beschränkte sich auf die Feststellung, dass Palästina mit erfolgreicher Ratifizierung des IStGH-Statuts in den Kreis der Vertragsstaaten aufgenommen worden ist und damit jedenfalls in diesem Kontext wie ein Staat zu behandeln sei. Daraufhin leitete die damalige Chefanklägerin Fatou Bensouda im März 2021 offizielle Ermittlungen in der Situation Palästina ein.

Da die Situationsüberweisung Palästinas zeitlich offen formuliert ist und sich auf alle völkerrechtlichen Verbrechen bezieht, die seit dem 13.6.2014 begangen wurden, bildet sie auch eine hinreichende Grundlage für Ermittlungen im Kontext der jüngsten Konflikteskalation nach dem Terrorangriff der Hamas vom 7.10.2023. Am 17.11.2023 haben zudem Südafrika, Bangladesch, Bolivien, die Komoren und Dschibuti eine ergänzende Staatenüberweisung vorgelegt, die sich auf die aktuelle Situation im Gaza bezieht. Neben weiteren Kriegsverbrechen wird insbesondere auch der Verdacht geäußert, dass im Gazastreifen ein Völkermord begangen wird. In eine ähnliche Richtung zielt die Überweisung Chiles und Mexikos vom 18.1.2024, die Israel insbesondere eine unterschiedslose Kriegsführung und die Verursachung unverhältnismäßiger ziviler Kollateralschäden zur Last legen.

Zusammengefasst hat der IStGH damit Gerichtsbarkeit über völkerrechtliche Verbrechen, die

- auf palästinensischem Gebiet, einschließlich Gaza, dem Westjordanland und Ostjerusalem begangen werden. Auf die Staatsangehörigkeit der beschuldigten Personen kommt es insoweit nicht an, sodass der Ankläger auch gegen israelische Staatsangehörige vorgehen kann, obwohl Israel das IStGH-Statut nicht ratifiziert hat.
- von palästinensischen Staatsangehörigen begangen werden. Auf den Tatort kommt es nicht an. Der Ankläger kann daher auch wegen Verbrechen ermitteln, die von palästinensischen Staatsangehörigen auf dem Territorium Israels und damit auf dem Gebiet eines Nicht-Vertragsstaates begangen werden.

Die angestrebten Haftbefehle

Mit dem Antrag auf Erlass von mehreren Haftbefehlen werden die Ermittlungen auf die nächste Stufe gehoben. Sie betreffen nun nicht mehr allgemein die Situation Palästina, sondern richten sich gegen konkrete Personen. Dieser Schritt war seit mehreren Wochen erwartet worden. Insbesondere der drohende Erlass von Haftbefehlen gegen ranghohe politische und militärische Führer Israels hatte für politische Unruhe gesorgt. Netanjahu sprach in diesem Zusammenhang von einem „antisemitischen Hassverbrechen“. Wie groß der Druck auf die Internationale Strafjustiz derzeit ist, zeigt auch, dass der Präsident der Versammlung der Vertragsstaaten des IStGH am 17.5.2024 öffentlich seine Besorgnis über aktuelle Bestrebungen äußerte, die Unabhängigkeit, Integrität und Unparteilichkeit des IStGH durch „Drohungen mit Vergeltungsmaßnahmen“ („threats of retaliation“) zu unterminieren. Dies mag auch ein Grund dafür sein, dass der Chefankläger seinen Ermittlungsfokus zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt offengelegt hat – nämlich bereits mit Beantragung der Haftbefehle. Im Verfahren gegen den russischen Präsidenten Putin wurde die Öffentlichkeit beispielsweise erst informiert, als die Vorverfahrenskammer den beantragten Haftbefehl tatsächlich erlassen hat. Auch wenn die Anträge auf Erlass der Haftbefehle nicht im vollen Wortlaut veröffentlicht wurden, ist die Stellungnahme des Anklägers bemerkenswert

detailliert. Dies lässt insgesamt darauf schließen, dass die Legitimität und Glaubwürdigkeit der Internationalen Strafjustiz durch ein hohes Maß an Transparenz gestärkt werden soll. Hierzu passt, dass die Anklagebehörde auch den Abschlussbericht eines hochkarätig besetzten Expertengremiums („Panel of Experts in International Law") veröffentlicht hat, das sie bei der Entscheidung, ob Haftbefehle beantragt werden sollen, beraten hat. Hierdurch wird der internationalen Öffentlichkeit in einem außergewöhnlichen Umfang Einblick in den Entscheidungsfindungsprozess der Anklagebehörde gewährt.

Zentraler Vorwurf der angestrebten Haftbefehle gegen die Führungspersonen der Hamas ist das Kriegsverbrechen der Geiselnahme; es wird insoweit unmittelbar an den Angriff der Hamas vom 7.10.2023 auf israelischem Gebiet angeknüpft. Hinzu kommen u.a. die Verbrechen der Ausrottung, des Mordes, der Folter und unmenschlichen Behandlung sowie diverse Sexualverbrechen, die – je nach Einzelakt – als Kriegsverbrechen und / oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgt werden sollen. Damit geht die Anklagebehörde in überzeugender Weise davon aus, dass zwischen der Hamas und Israel ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt besteht. Die Terrororganisation Hamas als nicht-staatliche Konfliktpartei verfügt über den hierfür notwendigen Organisationsgrad und die Auseinandersetzungen gehen in Ausmaß und Intensität deutlich über bloße innere Unruhen und Spannungen hinaus. Zugleich richtet sich die Hamas gezielt gegen die Zivilbevölkerung, sodass einiges dafür spricht, dass auch ein systematischer oder ausgedehnter Angriff gegen die Zivilbevölkerung i.S.d. Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegt. Die Beschuldigten Sinwar, Deif und Haniyeh werden vom Ankläger als Mittäter eingestuft; sie sollen also auf Basis eines gemeinsamen Tatplans wesentliche Tatbeiträge zur Verwirklichung der genannten Straftatbestände geleistet haben. Ergänzend bringt der Ankläger eine mögliche Vorgesetztenverantwortlichkeit ins Spiel. Hierbei handelt es sich um eine Unterlassungsstrafbarkeit, bei der den beschuldigten (militärischen oder zivilen) Vorgesetzten zur Last gelegt wird, Verbrechen ihrer Untergebenen nicht verhindert zu haben.

Steht bei den ersten drei beantragten Haftbefehlen der Angriff der Hamas vom 7.10. und damit das Leid der israelischen Bevölkerung im Mittelpunkt, richtet sich im Weiteren der Blick des Anklägers auf die durch die Gegenoffensive Israels ausgelöste humanitäre Katastrophe. Im Mittelpunkt der Vorwürfe gegen Netanjahu und Galant steht das Kriegsverbrechen des Aushungerns der Zivilbevölkerung. Insoweit geht es um die umfassende Blockade des Gazastreifens, die dazu führte, dass die Zivilbevölkerung von Lebensmitteln, Medikamenten und anderen lebenswichtigen Gütern systematisch abgeschnitten wurde. Der Ankläger verweist insoweit explizit auch auf die Behinderung von Hilfslieferungen durch humanitäre Organisationen und die Angriffe auf ihre Mitarbeiter*innen. Darüber hinaus werden den Beschuldigten die mittäterschaftliche Begehung der Kriegsverbrechen der Verursachung großer Leiden, der vorsätzlichen Tötung und des vorsätzlichen Angriffs auf die Zivilbevölkerung zur Last gelegt. Diese mutmaßlichen Taten werden in Zusammenhang mit einem (diesmal) internationalen bewaffneten Konflikt zwischen Israel und Palästina gesetzt – eine weitere mittelbare Anerkennung der Staatlichkeit Palästinas. Nach Ansicht des Anklägers existieren damit in Gaza zwei bewaffnete Konflikte parallel: ein nicht-internationaler zwischen Israel und der Hamas und ein internationaler zwischen Israel und Palästina. Da er zudem davon ausgeht, dass das israelische Militär im Kampf gegen die Hamas gezielt gegen die palästinensische Zivilbevölkerung vorgeht, legt er den Beschuldigten auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit u.a. in Form der Ausrottung, Tötung und Verfolgung zur Last.

Dass der Ankläger zeitgleich gegen Mitglieder der Hamas und der israelischen Regierung vorgeht, bedeutet nicht, dass er eine Terrorgruppe mit einer demokratisch legitimierten Regierung gleichsetzt. Er bringt vielmehr zum Ausdruck, dass das Völkerstrafrecht für alle Konfliktparteien gilt und bemüht sich um einen ausgewogenen und (soweit in diesem Konflikt überhaupt möglich) neutralen, zumindest entpolitisierten Ansatz. Damit wird der Grundstein für eine gleichmäßige Anwendung des Völkerstrafrechts gelegt. Zugleich konzentriert sich der Ankläger in diesem frühen Stadium (der Konflikt und die in ihm begangenen völkerrechtlichen Verbrechen dauern noch an) auf die Delikte, bei denen die Beweislage besonders klar zu sein scheint, und die in besonderem Maße für das immense Leid stehen, das dieser Konflikt verursacht: die Geiselnahmen israelischer Zivilist*innen und die humanitäre Katastrophe im Gaza. Die Anklagebehörde wird so zum Sprachrohr aller (zivilen) Opfer des Konflikts – unabhängig von ihrer Staats-, Religions- und sonstigen Gruppenzugehörigkeit.

Ausblick: Am Zug sind die Vorverfahrenskammer und die internationale Staatengemeinschaft

Ob dieser Ansatz das in ihm liegende Versprechen der objektiven Gerechtigkeit halten kann, wird die Zukunft zeigen. Am Zug ist nun die Vorverfahrenskammer – sie entscheidet, ob die beantragten Haftbefehle tatsächlich erlassen werden (Art. 58 IStGH-Statut). Hierzu prüft sie, ob der begründete Verdacht besteht, dass die genannten Personen ein der Gerichtsbarkeit des IStGH unterfallendes Verbrechen begangen haben und ob ein Haftgrund vorliegt. Letzteres ist dann der Fall, wenn die Festnahme der beschuldigten Person notwendig ist, um a) sicherzustellen, dass sie zur Verhandlung erscheint (Fluchtgefahr), b) sicherzustellen, dass sie die Ermittlungen oder das Verfahren nicht gefährdet (Verdunklungsgefahr) oder c) um sie gegebenenfalls an der weiteren Begehung völkerrechtlicher Verbrechen zu hindern (Wiederholungsgefahr). Erlässt die Kammer die Haftbefehle, obliegt ihre Vollstreckung den Mitgliedstaaten. Der IStGH hat keine eigene Polizeibehörde; er ist von der Kooperation der Staaten abhängig. Hier bleibt abzuwarten, wie sich politische Allianzen auf die nationale Verfolgungsbereitschaft auswirken werden. Auch für Deutschland könnten die Verfahren in Den Haag zur Herausforderung werden. Als der IStGH vor gut einem Jahr den Haftbefehl gegen den russischen Präsidenten erließ, kündigte der deutsche Justizminister Marco Buschmann umgehend an, Putin festnehmen zu lassen, wenn er deutschen Boden beträte. Wird es – aller Staatsräson zum Trotz – ein ähnliches Bekenntnis zur Internationalen Strafjustiz geben, wenn ein Haftbefehl gegen Netanjahu ergeht? Jedenfalls steht zu erwarten, dass der Gaza-Konflikt den IStGH noch eine ganze Weile beschäftigen wird. Nicht nur kann der Ankläger jederzeit Haftbefehl gegen weitere Personen beantragen; er kann auch die Ermittlungen gegen die derzeit Beschuldigten ausdehnen. Die Vorwürfe, Israel begehe einen Völkermord im Gaza und habe ein Regime der Apartheid in den besetzten Gebieten errichtet, sind noch nicht vom Tisch.

Juliette McIntyre

Consensus, at what Cost?

doi: 10.59704/6c2038bfac46d391



After four applications for provisional measures, three sets of formal orders and two rounds of oral hearings, on Friday night, the International Court of Justice in *South Africa v. Israel* delivered a long-awaited Order. In paragraph 2(a) of the operative clause, the Court declares that Israel shall:

> Immediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part;

This order was passed with 13 votes in favour and 2 against, an apparently strong majority. News outlets ran headlines shortly afterwards declaring that the Court had ordered Israel to "immediately halt its military assault on the southern Gaza city of Rafah". The situation in Gaza is "catastrophic", as the Court points out. Surely this is a landmark moment, one that will save lives on the ground. So why instead is everyone arguing about a comma, and why does it even matter?

Let's Eat, Grandma or Let's Eat Grandma: Punctuation Matters

There are multiple interpretations of this part of the Order doing the rounds, predominantly based on the placement of the commas and the use of the word "may". Stefan Talmon contends that the sentence structure means that "Israel was not ordered to halt all military operations but only military operations that would violate its obligations under the Genocide Convention". Adil Haque, acknowledging the Order is "somewhat ambiguous", suggests that in practical terms it means the military offensive in Rafah "must immediately halt". Heidi Matthews observes that the Court has ordered Israel to "immediately end all military activities in Rafah" and in doing so "has effectively held that the humanitarian disaster is such that it isn't possible to conduct an offensive in a manner consistent with international humanitarian law". Kevin Jon Heller and Mike Becker, among others, also argue that the Court's order needs to be read in light of the Court's factual findings (at paragraphs 45-47 in particular) that the offensive risks creating conditions of life that might lead to physical destruction of the Palestinian people, and therefore the 'condition' that follows the second comma is already met.

Even more intriguing, Judges have indicated in separate opinions that there may be different opinions about the interpretation of this clause between members of the Court. Judge Nolte, although in the majority, considers that the Court has ordered Israel to "limit the current military offensive in Rafah as far as it could endanger the rights of the Palestinian people under the Genocide Convention, notably their access to basic humanitarian needs". Judge Aurescu makes the observation that:

> I consider that the second provisional measure indicated … is somehow unclear as to whether the last part of it (starting with "which may inflict") only refers to "any other action" (which is not defined) or to both halting the Israeli military offensive and "any other action". In my view, this measure needs to be interpreted that it indicates as well the halt of the Israeli military offensive to the extent that it "may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part".

Judge Sebutinde, in the minority, contends that the relevant paragraph "could be erroneously misunderstood as mandating a unilateral ceasefire in part of Gaza". But then Judge Tladi tells us that the Court has "in explicit terms, ordered the State of Israel to halt its offensive in Rafah."

This blog post is not going to offer yet another interpretation of the already infamous clause. Instead, it asks why and how the Court, faced with such a high profile and important decision, could end up delivering an Order

which has left academics, journalists, lawyers and even the Judges themselves arguing over what it means.

Consensus versus Clarity: How the Court Decides

We must begin with a disclaimer: the author has no secret insight into what has gone on behind the scenes at the Peace Palace in The Hague. But if we reflect on the Court's *methods* of decision making, it appears that in this instance the Court may have been driven by a desire to convince as many Judges as possible to vote in favour of the Order, at the cost of issuing a clearer and more straightforward directive. Quite possibly, the Court has deliberately adopted a phrasing which can be interpreted more than one way in order to get the decision across the line.

The Court's official decision making procedure is set out in the Resolution Concerning the Internal Judicial Practice of the Court, most recently updated in 2023. The Court reaches a decision through a process of methodical joint deliberation. In ordinary proceedings, a deliberation is held at which the President outlines the issues that will require discussion and decision by the Court. Judges may comment on the pertinence of any issues or questions arising in the case and offer their views thereon. Judges then prepare their individual notes which set out their views on the questions which the Court should answer and a tentative conclusion as to the correct disposal of the case. In provisional measures cases the process is organised slightly differently due to time constraints, but it still creates opportunities for discussion and compromise, which are described by Tommaso Soave (*Everyday Makers*, p.281) as follows:

> "A debate then ensues where the members of the Court seek to persuade each other of the merits of their opinions, resist countervailing arguments, make and unmake alliances to send their points across."

The Registry staff may also be involved; preparing a statement of the facts or checking the draft orders for ambiguities (for a colourful autobiography of Hugh Thirlway's activities in this respect during his tenure as Principal Legal Secretary, see here). Indeed, Thirlway admits that there were times during urgent provisional measures hearings that he presented the Judges tasked with drafting "a complete draft Order, prepared on the basis of the oral deliberation". Ordinarily, the draft text goes through a first and second reading, with amendments to the text able to be proposed by the Judges (although again, for provisional measures this can be truncated). Finally, a formal vote is taken, in inverse order of seniority.

What does this procedure reveal to us? First, that the Judges are, from the outset, aware of the views of their fellow members of the Court. While the existence of any majority remains fluid until the final vote is rendered, it may only emerge once Judges are content with the formulation of the text. To put it in clear terms, it is entirely possible that certain Judges needed to be talked into agreeing with a ceasefire order, and the ambiguous paragraph at issue was the version everyone could agree upon.

This isn't to imply any Judges were holding out for illegitimate reasons. The Court's jurisdiction in this case is limited to the application of the Genocide Convention. There may well have been concerns that a ceasefire order needed to be linked closely to the Court's jurisdiction to avoid overreach. More cynically, one could suggest that an ambiguous formulation leaves room for plausible deniability at the merits stage – but it's not clear in which direction. Israel can argue that it has complied with the Order if it continues military operations in a way which does not inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part. But equally, South Africa can argue that Israel has failed to comply with the Order if it continues its military operation in Rafah at all, especially in view of the reasons on which the Court based its determination in the Order that the new circumstances in Rafah demonstrated an urgent and serious risk or irreparable harm to the rights at issue in the case. Is the Court simply kicking the can down the road, waiting to resolve this question at the merits stage?

It is, to be frank, most unsatisfactory. While the Court is known for its "Solomonic" decisions, which try to give each party a little of what they asked for at times to no one's satisfaction, this is not a maritime boundary delimitation where equidistance can be imposed in pursuit of impartiality. This Order is a demand, of Israel, to take certain concrete steps. It is unfair to Israel to be unclear in what is expected of it, and it is potentially ruinous for the people of Rafah should interpretation A be applied when interpretation B was intended.

As David Luban argues (in Tasioulas & Besson, *The Philosophy of International Law*, p.579), international

courts "bootstrap themselves into legitimacy by the quality of justice they deliver". The Court is indeed "only a court", as Judge Tladi states, but that is also exactly what it is. And the role of a Court is to make decisions, sometimes very hard ones. It cannot split the baby. Consensus can be a useful thing, but a Court does not need consensus as much as it needs clarity. Better a clear and unambiguous Order, with fewer votes in favour. At least then, there would be no question as to what the parties are intended to do. As of May 25, the day after the decision, Israel continues to bomb Rafah. But we will not be certain that this is in defiance of the Court for some time to come. And all because of a comma.

Julian Schramm

On Kanaks and Caldoches

New Caledonia's Electoral Reform and the Right to Self-Determination

doi: 10.59704/5f1f2815eed56583

Over the past week, the French electoral reform in New Caledonia precipitated into violent unrest, resulting in the deaths of seven individuals, hundreds of arrests, and extensive damage to buildings, infrastructure, and vehicles. Although the French government lifted the state of emergency on Tuesday morning, in an attempt to initiate a process of de-escalation and to renew the dialogue with the independence movement, the reform will eventually move forward. Henceforth, France will further entrench its influence in the South Pacific and effectively deny the Kanak people to achieve their desired self-determination.

The Kanak people under French rule

The Kanak people are the descendants of the Lapita-Culture which originally populated the island around 1500 BC. The first European to arrive on the island in 1774 was James Cook before France annexed it in 1853 and declared it to be a French colony. While the Kanak people call the island "Kanaky", the international community adopted the name "New Caledonia" which is derived from James Cook himself (Ramsay, 2011).

Under French colonial law, the Kanak people were governed by the *Code de l'Indigénat* which provided for the application of metropolitan French law exclusively to French citizens in the colony. The Kanak people, however, were not considered as citizens (*citoyen*) but instead as "subjects" (*sujets*). As such, they were subject to their own laws and customs, but excluded from any participation in public or political life.

This situation changed with the end of the Second World War and the beginning of the decolonization movement: France formally transformed its colonies into overseas departments and in 1953, all inhabitants of New Caledonia were granted French citizenship. However, while the local legislative and administrative bodies were given more and more competences, independence was not a topic open for discussion (Fisher, 2024). The local communities were still not allowed to adapt any rules that concerned substantive constitutional topics such as electoral law.

Instead, France strategically undermined the local independence movements from the outset by pursuing a new form of settler colonialism. This may be exemplified by a letter that Prime Minister Pierre Messmer wrote in 1972 (cited in Besset, *Le dossier caledonien, les enjeux de l'après referendum*, 1998, p.76):

> New Caledonia, colony of settlement, although destined to be a multiracial melting pot, is probably the last non-independent tropical territory where a developed country may send its nationals…In the short and medium term, the massive emigration of French citizens must allow the avoidance of the danger of the pro-independence cause through the maintaining and improving of the numerical balance of the communities. In the long-term, the indigenous nationalist cause will only be avoided if the non-indigenous communities represent a democratic majority mass.

As a result of the ongoing immigration, the indigenous Kanaks have become a minority in their own land. Currently, they account for around 41% of the population. The differences between the native Kanak population and the descendants of the French settlers (the so-called Caldoche) are visible in everyday life: the Kanak population is disproportionately affected by poverty, unemployment, limited access to education and substandard housing while the wealth is accumulated mostly around the urban areas and among the Caldoche community (Robertson, 2024). The independence movement is therefore particularly attractive to younger Kanak generations who see independence as a chance to achieve greater social and economic equality.

The struggle for Kanak independence

The most important driving force towards independence is the Kanak and Socialist National Liberation Front

(FLNKS). The first serious confrontations between the FLNKS and the French State occurred from 1984-1988 and resulted in 70 deaths, political murders, as well as the first proclamation of the State of emergency. The situation escalated into the hostage-taking of 27 policemen and one judge on the island of Ouvéa when the French state enacted a law that would restrain the political influence of the pro-independence movement.

The insurrections were settled by the accords of Matignon (1988) and Nouméa (1998) in which France granted the New Caledonians the right to hold three votes on its independence. To define who would be eligible to participate in the referendums the parties agreed to reserve the right to vote in provincial elections exclusively to voters and their descendants that have been registered during a consultation in 1998. The purpose of what would become known as the "New Caledonian Citizenship" was to maintain an equilibrium between the indigenous Kanak population and Caldoche. The Nouméa Accord thereby effectively created a political community that was bestowed with the right to decide on its political future. The following votes, however, would eventually show how deeply divided this political community was.

The first two referendums failed with 56,4% (2018) and 53,3% (2020) voting to remain with France respectively. The results demonstrated a clear divide between the Kanak community that voted for independence and Caldoche who voted to remain with France. While these two referendums left the population already deeply polarized, it was the third one which caused the most controversies. After it was scheduled to be held in the midst of the Covid-19 pandemic in 2021 the FLNKS asked the French Minister for the Overseas Territories Sebastian Lecornu (nowadays Minister for Defense) to postpone the vote which he rejected. The FLNKS called for a boycott and in the end only 43,9% of the population participated, out of which – not surprisingly – 96,5% voted to remain with France. The FLNKS challenged the legality of the outcome, and the case reached the highest administrative French Court (*Conseil d'État*) which confirmed in 2022 the legality of the referendum, putting a temporary end to all hopes for an independent New Caledonia.

The new electoral reform bill

On 7 December 2023, the Conseil d'État addressed the question of New Caledonian independence once more, this time in the form of an advisory opinion. The then-Prime Minister Élisabeth Borne requested that the Court may clarify the applicable law in the context of the self-determination process and ascertain whether France was entitled to modify the electorate composition once more. The Court responded in the affirmative, stating that the rejection of the third vote for independence had deprived the Nouméa Accords of their raison d'être (paras. 2, 11, 14). Consequently, the Court decided that the electoral law of 1998, which established the electorate for the provincial elections, contradicts with the principle of a universal and equal right to vote under the French Constitution and thus requires a reform (paras. 7 and 15).

France's motivation to keep New Caledonia as an overseas department is evident: the small island contains the incredible amount of 30% of the world's nickel reserves which is a key raw material to produce batteries as well as stainless steel.

The preceding analysis demonstrates that any attempt to influence the independence process would necessitate a change in the composition of the political community responsible for determining the future of the territory. The recently proposed French electoral reform bill is designed to achieve precisely this objective. Under the pretext of necessary democratic reform, the French Parliament (*Assemblée Nationale* and *Sénat*) passed a constitutional reform bill on 15 May 2023 which expands the electorate for provincial elections to include all citizens who have been residents of the country for 10 years. The reform means the factual end of any aspirations for Kanak independence. Under the new law, the reform would mostly benefit the new immigrants to New Caledonia that are likely to contribute to the group of loyalist voters.

The resurging right of self-determination under international law

However, the Conseil d'État as well as the French legislator failed to consider an essential aspect that follows from the termination of the Nouméa Accords: the resurgence of the right of self-determination of the Kanak people under international law. Self-determination under international law refers to the right of every people to form its own political entity and has been considered by the ICJ as part of jus cogens (ICJ, Judgment of 30 June 1995, Portugal v. Australia, para. 29). New Caledonia is still listed on the UN list of non-self-governing territories and re-

mains on the Agenda for the Special Committee on Decolonization which is charged with the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly Resolution 1514).

The main unresolved issue prior to the signing of the Nouméa Accords was the question of who the bearer of the right to self-determination should be and who should have the prerogative to determine the future of the territory. This proved to be particularly difficult in New Caledonia as it is populated by Kanaks and Caldoches to a similar extent. However, the first two referendums have clearly shown that the Kanak population is a homogeneous political entity that has clearly expressed its desire for independence. Allowing the Caldoches to opt for continued association with France by outvoting the indigenous community would be a travesty of the right to self-determination and would defeat the very essence of decolonisation. The new electoral reform bill is a prime example of how former colonial powers can induce demographic changes in the composition of a former colony in order to maintain control over it (see Blay, 1988).

From the perspective of international law, the Kanak people have suspended the process of self-determination in favor of the process as agreed upon in the Nouméa Accords. Assuming that the Nouméa Accords have been terminated, it follows that the Kanak people may once again invoke their right to self-determination under international law. The peremptory nature of this right requires France to refrain from any actions that would frustrate or contravene the independence process, even if it were obliged to do so under internal law (see Art. 27 VCLT).

Conclusion

History appears to be repeating itself in New Caledonia with the legacy of colonialism reaching its culmination in a conflict between the Kanak and the Caldoche communities. The roadmap to independence as outlined in the Nouméa Accord has proven unsuccessful, but the question of Kanak self-determination remains a salient issue. Against the background of the economic profitability and strategic importance of New Caledonia in the South Pacific, however, it seems to be highly unlikely that France will proactively take actions to enable the Kanak people's independence. The current electoral law reform rather aims at the opposite. In an open letter, published on 19 May, the presidents of four other French overseas territories (Réunion in the Indian Ocean, Guadeloupe and Martinique in the Caribbean, and French Guiana in South America) called on the French government to withdraw the electoral law reform. The response of the French government to this appeal remains yet to be seen. During his visit in Nouméa, Emmanuel Macron has asserted that "[t]his is not the Wild West, so the Republic must regain authority on all fronts and provide security for everyone." Hence, the prospects of the Kanak's New Caledonia remain dim.

Pierre-Emmanuel Rodriguez

The Electoral Reform in New Caledonia as a Blessing in Disguise

Kanak Minority versus the Right to Vote

doi: 10.59704/9d3db0b25131edb1

The constitutional amendment recently examined by the French Parliament would allow French citizens residing in New Caledonia for at least ten years to take part in local elections. Prompted by President Macron, this electoral reform has led to massive riots in recent weeks involving supporters and opponents of independence for this territory of the French Republic. The "Cellule de Coordination des Actions de Terrain" (CCAT), an entity of the New Caledonian pro-independence movement, is behind the massive blockades that have paralyzed the archipelago. These incidents have necessitated the declaration of a state of emergency and the dispatch of additional police from mainland France to deal with the growing number of acts of vandalism and looting in New Caledonia.

Local representatives fear that this reform will place the Kanak – the archipelago's autochthonous people – in an even more inferior position vis-à-vis loyalist militants. Even if its implementation is highly contested on the Caledonian archipelago, this reform should nevertheless guarantee better representation of the population of New Caledonia. Expanding the electorate for local elections should also guarantee the right to vote more widely, in line with the democratic principles of the French Republic. Under this prism, the electoral reform in New Caledonia that is currently underway seems to be a blessing in disguise.

The electoral reform in New Caledonia and its issues

The voting right in mainland France is guaranteed for all French citizens who are at least eighteen years old on the day before the election. The personal scope of the voting right also includes the nationals of Member States of the European Union who reside on French soil. Their European citizenship allows them to vote in local elections, but not in national elections, which are reserved for French citizens. However, these rules do not apply to New Caledonia.

New Caledonia is part of the French Republic, yet, it has an exceptional status that sets it apart from the other French overseas collectivities. The 1998 Nouméa Accord ensures that New Caledonia has its own institutions and legislation that is different from mainland France. New Caledonia's special characteristics are also reflected in the specific conditions for the exercise of the voting right. To vote in local elections, it is essential to have New Caledonian citizenship. There is also the requirement to have lived in the archipelago between 1988 and 1998 or to be the child of people meeting these criteria under Article 188 of the Law of 19 March 1999. The circle of people who can vote in New Caledonia is therefore much narrower than it is in mainland France.

The special conditions under which the voting right is exercised in New Caledonia have resulted in a particularly narrow electorate for local elections. The latter has been frozen since 8 November 1998 in application of the Nouméa Accord. Accordingly, French residents who arrived in the archipelago after that date cannot vote in local elections. The situation is even more astonishing for the native-born, who do not all have the voting right depending on whether their parents arrived in New Caledonia before or after the Nouméa Accord. Overall, 20% of French citizens residing in New Caledonia are deprived of the voting right in local elections, representing more than forty-two thousand voters out of a total population of around two hundred and seventy thousand in 2023.

Due to the birth rate and the gradual arrival of new residents, the increase in the archipelago's population raises serious difficulties in terms of respect for democratic principles. A significant proportion of the population of New Caledonia is not represented in local elections. The members of the New Caledonian Government and Congress therefore receive their legitimacy from only part of the New Caledonian population. In the same way, the deprivation of the voting rights for a significant part of the archipelago's population no longer seems justified today.

The freezing of the electorate in 1998 was intended to enable Kanaks to vote for or against independence. However, the last referendum in 2021 confirmed the result of the first two, which was to remain part of the French Republic. It is all these considerations that are today motivating the French authorities to revise the 1958 Constitution to guarantee the democratic principles in New Caledonia.

The constitutional revision in the light of the French democratic principles

The reform of the electorate for local elections in New Caledonia, as announced by the French President, implies a revision of Article 77 of the French Constitution (1958). To this end, a constitutional amendment was submitted to the Senate, which adopted it on first reading on 27 February 2024. Parliamentary discussions in National Assembly also led to the adoption of the text on 15 May 2024. According to Article 89 of the French Constitution, the constitutional amendment must still be approved by referendum or by a 3/5 majority vote of the members of the Parliament in Congress. The text does, however, provide a mechanism for suspending the constitutional review if an agreement is reached between the French government and the local representatives. This agreement must be reached until ten days before the next local elections, which have been postponed to 15 December 2024 at the latest.

This constitutional revision aims to consider the evolution of the population in New Caledonia and to guarantee the democratic principles of the French Republic. The observance of these principles, which are based directly on the French Constitution, calls for several comments on the current situation in New Caledonia.

Firstly, French democratic principles guarantee that French citizens can choose their representatives through free and fair elections, whether they are organized at local or national level. In this regard, the New Caledonian exception concerning participation in local elections has long been justified by the process of self-determination in which New Caledonia is engaged. However, the legitimacy of the electoral privileges associated with New Caledonian citizenship has been eroded as the population of New Caledonia has grown. The constitutional review initiated by the French Government aims to guarantee better representation of the archipelago's population within New Caledonia's institutions.

Secondly, French democratic principles mean that French citizens must be granted the fundamental rights and freedoms that are essential to the democratic process. On this point, the constitutional revision is crucial because it aims to grant the voting rights to a larger proportion of the population of New Caledonia. According to the recent French Senate report, the reform would lead to a 14.5% increase in the electorate. This would involve twelve thousand four hundred and forty-one people born in the archipelago and thirteen thousand four hundred people who have lived in New Caledonia for at least ten years.

The constitutional amendment does not provide for the pure and simple abolition of the privileges attached to New Caledonian citizenship. It merely aims to broaden the electorate for local elections by including French citizens who have been present in New Caledonia for at least ten years. The proposed extension of the personal scope of the voting right in New Caledonia thus appears to be a compromise between, on the one hand, the need to preserve the Kanak minority and, on the other, the French Republic's democratic principles. While the French Government's pursuit of such a compromise is understandable considering the situation of this overseas collectivity, some people regret the maintenance of a variable-geometry democracy within the French Republic. As long as French citizens are excluded from the electorate for local elections in New Caledonia, the specific legislation of this territory will not be the expression of the general will of its population.

Dialogue as the only way out of crisis

Organizing a new independence referendum does not seem to be the right solution given the urgency of the situation in New Caledonia. Since the start of the riots, the population of the archipelago has faced serious difficulties in accessing healthcare and food. Several deaths were reported, many buildings were set on fire and numerous barricades are still blocking traffic on the island. Therefore, priority must be given to calming conflicts and restoring order.

For the time being, the only way out of this crisis is – for the French and New Caledonian authorities – to resume dialogue. With this in mind, Emmanuel Macron travelled to New Caledonia, where he assured the local representatives that they would be given time to try and

reach an agreement before the text was be put to a vote in Congress. Nevertheless, we can expect strong resistance from the Kanak people, for whom this reform is like forced marginalization.

Tal Mimran

The Battle for Immunity

Revival of the Debate on State Officials' Immunity from Foreign Criminal Jurisdiction

doi: 10.59704/44faa2a60ef2bbfd

In a timely fashion, the International Law Commission (ILC) is getting ready to continue the discussion on the Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, in its upcoming 75th summer session. This issue is of importance as armed conflicts are on the rise, and with them so is international criminal law. In particular, universal jurisdiction was already invoked in the context of Russia-Ukraine (e.g. in Germany, Sweden, Spain), and it is expected to be used also in relation to the Israel-Hamas war.

This post will discuss the approaches in relation to the Draft Articles, with a focus on two issues: the scope of immunity, and its exceptions. As I will show, there is a broad spectrum of competing State views, and academic discourse, which indicates that the questions at hand are far from being resolved. In this state of flux, a common ground is needed to move forward.

In my view, the ILC should balance between the obligation to prosecute international crimes, and between considerations of State sovereignty, legal validity, international stability and the maintenance of friendly relations. As long as there is no common ground between States, the work of the ILC should at best be seen as a progressive development of international law. Consequently, the ILC should offer a treaty-based mechanism that States can join, which will include mechanisms that aim at safeguarding pillars of the international system, and preventing misuse or arbitrariness in the enforcement of international crimes by domestic courts. Such mechanisms can include a principle of complementarity, an obligation to negotiate before prosecution, and guidance on how to determine the appropriate forum in the case of competing jurisdictions.

The Draft Articles on Immunity of State Officials

The ILC is discussing Immunity of State Officials since 2007. The current version of the draft articles was adopted by the ILC in 2022. This work will continue this summer, in the 75th session of the commission, and there is growing interest and discourse leading to it.

State sovereignty is key in a Westphalian, or State-centered, decentralized international system, in which the central development and enforcement of the law is the exception and not the rule (see here). The regime of immunity, particularly, is fundamental as it stands at the intersection between sovereignty, criminal jurisdiction, and diplomatic relations. This issue invites a delicate balance between ensuring accountability and the necessity to safeguard international cooperation, in the sense that the conduct of official functions without fear of legal implications is crucial for maintaining sovereign equality among nations and promoting multilateralism.

Regarding immunity *ratione personae*, the draft articles state that Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs will enjoy immunity (article 3) that will cover all acts performed in private or official capacity during or prior to their term of office (article 4). As noted in the commentary, some members of the Commission have suggested that immunity *ratione personae* should also cover the minister of defense or international trade (p.217). This interpretation is rooted in the ICJ's *Arrest Warrant of 11 April 2000* case (Belgium v. Congo) that stated that "certain holders of high-ranking office in a State, such as Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States" (para.51). By comparison, in the *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), the ICJ rejected the notion that the procureur general of the Republic of Djibouti and the Head of National Security of the Republic of Djibouti are entailed to personal immunity (para.194). Indeed, this issue is a matter of an ongoing debate (see e.g., here, p. 1311; here, p.864; here, pp.820-821).

Regarding immunity *ratione materiae*, the articles suggest that State officials acting as such enjoy immunity (article 5) that encompasses acts performed in an official capacity, which will continue to apply after their term as well (article 6). A "State official" is an individual who

represents the State or who exercises State functions (article 2).

The ILC suggested an exception to this rule on immunity *ratione materiae*, in respect to international crimes: genocide, crimes against humanity, war crimes, apartheid, torture and enforced disappearance (article 7). While the commentary mentions that article 7 IS subject to "long debate" (p.230), it notes two reasons for its inclusion: (1) a "discernible trend" towards limiting the applicability of immunity *ratione materiae* to exclude international crimes (p.232); (2) the immunity regime is intended to apply in an international legal order where "unity and systemic nature cannot be ignored" (p.234). These justifications are not without a problem.

As per the first reason, in the view of Qinmin Shen, if one evaluates the assertion relating to an alleged trend, by the methodical standard prescribed by the ILC in its study on Identification of Customary International Law, it seems that "there are only pretensions to those approaches or a sheer lack of any sound approach at all". Relating to the second reason, it was noted by Philippa Webb, that while the "The quest for coherence is admirable… a systemic approach can also go too far – stretching analogies and ignoring differences, seeing a trend where there is none."

Broadly speaking, the objection to the exceptions suggested in article 7, also noted by some members of the ILC (pp.234-236), derives from several reasons, including but not only: (1) this exception cannot be seen as customary international law (CIL), as it is not reflected in State practice nor in *opinio juris* (for an illuminating detail, see former ILC member Sean Murphy); (2) immunity does not depend on the gravity of the act in question, as it is a procedural matter (see, from another former ILC member, Mathias Forteau); (3) the lack of immunity before international criminal courts is not automatically applicable to relevant to national courts (as noted by Philippa Webb, each type of immunity is a world and beyond, and immunity *ratione materiae* was developed largely through domestic case law – rather than a top down enterprise which derives from an international consensus like diplomatic immunity).

Scope of Immunity

While the ILC eventually came to the conclusion that immunity is limited, this stance is debatable, as national courts have expanded its scope, mainly relating to senior positions (see here, pp.559-560 and here). For example, an English court has granted Shaul Mofaz, the former Israeli minister of defense, immunity *ratione personae*, while noting that "a Defence Minister would automatically acquire [S]tate immunity in the same way as that pertaining to a Foreign Minister."

The need for immunity for State officials, even low-ranking ones, was presented by Russia which advocates for immunity to all State officials "whose duties are closely connected with international cooperation and/or with fundamental issues of State sovereignty" (p.11). Israel also advocates for a flexible criterion based on functional roles. The UK, in comparison, expressed the need to "explore this area further" (p.8), similarly to the Netherlands (p.2). As for the United States, it suggested that there is no basis to assert that we are dealing with CIL, and that "unresolved matters is not only important to enhance the utility of the Draft Articles to States but also is necessary to avoid the destabilization of foreign relations" (p.7, 11).

In South Africa v. Israel, quotes from high ranking political, including the Minister of Defense, were utilized for South Africa assertions (Application instituting proceedings, para.101). The same quotes can serve as a basis for the future exercise of universal jurisdiction (as attempted in the past), in which the question of immunity *ratione personae* will be crucial. This is far from being a new issue, as already in 2001 there was an attempt to prosecute in Belgium former Israel Prime Minister, Ariel Sharon, for his role in the Sabra and Shatila massacre (see Hurwitz; Mallat). Notably, the case against Sharon did not proceed due to his immunity as the Prime Minister of Israel (see Cassese).

Exceptions to immunity?

One of the most heated topics of debate, if not the main one, is that of article 7 which provides exceptions for immunities. 23 States have supported the inclusion of restrictions to immunities when it comes to international crimes (for an overall assessment of State approaches, see here), but at the same time over then 20 presented a negative view of the article, with 11 of them completely objecting to it (*inter alia* Brazil, France, Iran, Japan, Russia, Saudi Arabia, United Arab Emirates, United Kingdom, and the United States). In the view of Brazil, for example, the existing *status quo* on immunity is crucial for the "stability of international relations, as it prevents the abusive, arbitrary and politically motivated exercise of crimi-

nal jurisdiction to be used against State officials". Similarly, Russia suggested that article 7 opens the door to "politically motivated or improper use of exceptions to immunity".

Israel noted that article 7 reflects *Lex ferenda*, at best, while suggesting that immunities serve as an instrument to "preventing serious international friction and political abuse of legal proceedings" (para.2). The United States and the United Kingdom emphasized the lack of consensus within the commission and the problems with the provided case law to demonstrate practice (a perspective shared partially by Japan). Another important issue was raised by Saudi Arabia, which explained that the lack of a consensus on the content of some international crimes "could open the door to an expanded interpretation of these crimes and thus lead to an increase in arbitrary accusations against officials of foreign States, creating serious tensions in international relations." Similarly, it was suggested by Singapore that differences of opinions between States should be resolved through consultations.

There is a problem, though, with the view of States that allege for "blanket immunity", without any exception whatsoever for immunity *ratione materiae*, like Iran, Russia and Singapore. Such a view goes against international obligations, like the duty to prosecute or to extradite international criminals (*aut dedere aut judicare*). In that sense, the interpretation fails to propose a proper balance between prosecution of international breaches of *jus cogens* norms and immunity (see here, p.265, and here, pp.832-834). This concern was presented in Germany' position which stated that "the existence of exceptions to functional immunity *ratione materiae* when the most serious international crimes are being committed is a *conditio sine qua non* for the application of international criminal law in national courts" (para.7) (this view was criticized for vagueness). Indeed, it was noted by Aziz Epik and Julia Geneuss that the recognition of the exclusion of functional immunity for crimes under international law proved of tremendous value for the development of international criminal law, and they welcome the recent decision of the German Federal Court of Justice to exclude the functional immunity of foreign state officials in the case of international crimes.

The Way Ahead

The nature and norms of International law, a decentralized State-centered legal order, is in constant evolution and it should accordingly be continuously evaluated. The wide spectrum of views expressed regarding immunities, reveals deep lack of consensus on core issues of the debate.

The way ahead requires a common ground, or harmonization, in order to account for issues impacted by the regime of immunity. There is a balance to be struck between the need to promote the prosecution of international crimes, the maintenance of state sovereignty and the promotion of the validity, stability and friendly relations between states, and it is for the ILC to attempt and strike that balance. Some balance is reached by the fact that international criminal courts, like the ICC, do not recognize immunity. But, States need guidance when it comes to their domestic courts. As noted in the ILC commentary, such a balance "will ensure that immunity fulfils the purpose for which it was established (to protect the sovereign equality and legitimate interests of States) and that it is not turned into a procedural mechanism to block all attempts to establish the criminal responsibility of certain individuals (State officials) arising from the commission of the most serious crimes under international law".

If no common ground can be located in the upcoming discussions of the ILC, it will be best to recognize article 7 for what it is – progressive development of international law. As such, a logical step forward suggested by scholars, like Forteau, and States, like Brazil, is that the ILC will recommend a new treaty-based rule, rather than asserting the existence of a customary norm notwithstanding the objection of numerous States and contradicting views of experts, including members of the ILC.

In this treaty, the ILC can safeguard against abuse or arbitrariness through mechanisms like complementarity, provide guidance for situations of competing jurisdictions and include a duty to negotiate before prosecution in order to maintain friendly relations and promote legal validity and stability. This option relieves the ILC of the need to reconcile conflicting State practices and present a proposed path for States to choose – one that balances the imperative need to promote accountability without undermining pillars of the international system, such as sovereignty, or impeding friendly relations and, more broadly, multilateralism.

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