02/2024
Februar

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20240325-145531-0
URN urn:nbn:de:0301-20240325-145531-0-0

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

Anne Dienelt
Die Umwelt als ein vergessenes Kriegsopfer 190

Niklas Täuber
Umweltverfassung in Aktion: Das OVG Berlin-Brandenburg zu Klimasofortprogrammen: Zwischen innovativer Auslegung, vertanen Chancen und einer unsicheren Zukunft. 193

Polizei- & Ordnungsrecht Police & Public Order

Jakob Härterich
Maschinengewehre und Handgranaten für die Polizei 196

Daniel Holznagel
Das Bundeskriminalamt als überdimsensionierte Plattformpolizei: § 13 DDG-E bleibt bei der künftigen DSA-Zentralstellenaufgabe zu vage und plant mit zu vielen Stellen 200

Nikolas Eisentraut
Diskursraumschutz durch hochschulisches Ordnungsrecht 204

Wehrhafte Demokratie Defensive Democracy

Mathias Hong
Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil I) 207

Mathias Hong
Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil II) 218

Mathias Hong
Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil III) 228

Konrad Duden
Schützt das Bundesverfassungsgericht!: Rechtsvergleichende Überlegungen 239

Konrad Duden
Protect the German Federal Constitutional Court!: Lessons from Comparative Law 243

Lars Dittrich
Schutz ist gut, Vertrauen ist besser: Böckenförde-Diktum und die Reformdebatte um das Bundesverfassungsgericht 246

Malaika Jores
Kein Geld ist auch eine Lösung: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet erstmalig über den Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung 249

Kathrin Groh
Das kleine Parteiverbot: Lässt sich die Junge Alternative über das Vereinsrecht verbieten? 253

Thüringen-Projekt Thuringia Project

Hannah Katinka Beck, Marie Müller-Elmau
Eine wirkliche Gefahr für die Verfassung 257

Internationales Recht in Deutschland International Law in Germany

Florian Schmid
An Unfortunate Trend of Vagueness: Why Germany Should Reconsider its Position on Functional Immunity Ratione Materiae 260

Alice Bertram
Vater-in-waiting: Warum zehn arbeitsfreie Tage für den zweiten Elternteil ein unverhandelbares Minimum sind 263

Kerem Dykast
Geschwiegen und doppelt bestraft: Wenn Zeug:innen die Aussage verweigern 266

Teresa Quadt
No Benefit: Germany's section 96 in light of the Kinshasa Referral 270

Europa Europe

Digitales Digital

Paul Friedl, Gustavo Gil Gasiola
Examining the EU's Artificial Intelligence Act 273

Alexander Peukert
Risky Recommendations: The European Commission Recommends Big Tech Measures to Mitigate "Systemic Risks" for Electoral Processes 278

Erik Tuchtfeld
No Backdoor for Mass Surveillance: The European Court of Human Rights Protects the Right to Encrypted Communication 281

Internationale Abkommen & Regionale Integration International Agreements & Regional Integration

Carl Baudenbacher
Bricolage, Bullshit, and Bustle: The Three Bs of the Planned EU-Swiss Framework Agreement 2.0 284

Nils Kohlmeier, Andreas Gutmann
Nachhaltig nicht-nachhaltig: Rechte indigener Gruppen im Freihandelsabkommen EU-Mercosur 287

Lieferkettengesetz & Unternehmensverantwortung Corporate Sustainability Due Diligence Directive & Corporate Responsibility

Simon Simanovski
Milieudefensie v ING: Climate Breakdown and Banks' Duty of Care 290

Offener Brief
Zur notwendigen Annahme der CSDDD durch den EU-Rat 293

Paul Meder
Warum der Konflikt um das EU-Lieferkettengesetz eines haftungsrechtlichen Mittelwegs bedarf 295

Migration & Asyl Migration & Asylum

Aurore Gaillet, Michael Hempelmann
Mit der Verfassung spielt man nicht!: Die Reform des Einwanderungsrechts und der Verfassungsrat 298

Marie-Laure Basilien-Gainche
Heightening the Repressive Dynamic: The 2024 French Immigration Act 302

Christel Querton
Consolidating Group-Based Refugee Protection 305

Sarah Tas, Agostina Pirrello
Advancing Accountability: The Case of Alkhatib and Others v. Greece 308

Silvia Steininger
The CJEU's Feminist Turn?: Gender-based Persecution as a Ground for Protection 311

Emil Krude
Abschreckung um jeden Preis?: Wie die britische Safety of Rwanda Bill mit rechtsstaatlichen Grundsätzen bricht 314

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

Nora Vissers
Unveiling Democracy: Will the Court develop the EU's core value? 317

John Morijn
Polish Re-Democratisation as "Building Back Better" 320

Jerzy Zajadło, Tomasz Tadeusz Koncewicz
Restoration of the Polish Constitutional Tribunal as Reading the Constitution Forward 323

Max Steuer
Heyday of Autocratic Legalism in Slovakia 326

Viktor Z. Kazai
Autocratic (Il)legalism: The Hungarian Example 329

Ukraine & Russland Ukraine & Russia

Sergei Golubok
A Shortcut at the Expense of Justice: On the Judgment of the International Court of Justice in Ukraine v. Russia 332

Gleb Bogush
The Triumph of Evil 335

Isabelle Hassfurther
Accountability for the Crime of Aggression against Ukraine: An Immediate Call to Reform the ICC's Jurisdiction 338

Iryna Marchuk, Aloka Wanigasuriya
The Curious Fate of the False Claim of Genocide: On the ICJ's Preliminary Objections Judgment in Ukraine v. Russia and Beyond 343

Verschiedenes Miscellaneous

Paolo Caroli, Antonio Vercellone
"Rented Uterus" as a Universal Crime: The Italian bill proposing universal jurisdiction for surrogacy 346

Andrew Duff
In Search of a Methodical Approach to Seat Apportionment in the European Parliament 349

Mikel Díez Sarasola
EU's Involvement in the Renewal of the Spanish Council of the Judiciary: The European Commission's New Role as an Intermediary in the Internal Constitutional Affairs of the Member States 352

Philipp Sauter
European Nuclear Weapons: Europe's Nuclear Ambitions and the Constraints of International Law 355

Henri de Waele
On Citing Van Gend & Citing it Correctly 357

Nils Redeker
Chasing Shadows: What the Net Zero Industry Act Teaches Us About EU Industrial Policy 359

International International

Afrika Africa

Mark Deng
The Limits of Public Participation: Why South Sudan's People-Driven Constitution-Making Needs a More Realistic Approach 362

Dimitrios Parashu
Comme il faut!: Wie der senegalesische Verfassungsrat die Verfassung des Landes schützt 365

Amerika Americas

Carolina Fernández Blanco, M. Victoria Kristan
The Year of the Defense of Life, Liberty and Property: Javier Milei's Omnibus Executive Order 368

Samuel Issacharoff
Trump's Trials for Democracy 371

Mark A. Graber
Who's Afraid of Militant Democracy, U.S. Style 373

Israel & Palästina Israel & Palestine

Omar Yousef Shehabi
UNRWA as Sui Generis: UNRWA's Palestinian Staff as Sui Generis International Civil Servants 376

Juliette McIntyre
Why Nicaragua's Article 62 Intervention in South Africa v. Israel is Potentially Unhelpful 379

Michael A Becker
Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures: Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ 382

León Castellanos-Jankiewicz
Dutch Court Halts F-35 Aircraft Deliveries for Israel: A "clear risk" of abuse 385

Nora Salem
The Legal Limits of Supporting Israel: An overview of the implications of the ICJ Provisional Measures for third-party states 388

Noam Kozlov
Taking War to Court: Israel's Prosecution of the October 7 Perpetrators 391

Südasien South Asia

Kartik Kalra
Absolute Truths and Absolutist Control: On India's "Fact Check Unit" over Social Media 394

Anmol Jain
On the Politics of Non-Transparent Electoral Funding in India: The Supreme Court's Electoral Bonds Verdict 397

Moeen Cheema
Pakistan's Qazi Court and Who is Afraid of the Cricket Bat: Prohibition of the Cricket Bat as an Electoral Symbol 400

Anne Dienelt

Die Umwelt als ein vergessenes Kriegsopfer

doi: 10.59704/8669293634365851

Der Deutsche Bundestag wird Ende Februar 2024 die Reform des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) beschließen, nachdem im November 2023 erstmalig der Entwurf im Bundestag gelesen wurde und Ende Januar 2024 eine öffentliche Anhörung stattfand. Einige Reformansätze bleiben jedoch außen vor. Eine bisher unberücksichtigte Forderung bezieht sich auf Kriegsverbrechen gegen die Umwelt, welche aktuell in § 11 Abs. 3 VStGB geregelt sind. Diese Norm ist reformbedürftig, denn sie weicht unter anderem in der aktuellen Fassung vom geltenden Völkergewohnheitsrecht ab. Dabei wurde bei der Verabschiedung des VStGB 2002 laut Gesetzesbegründung eigentlich Wert daraufgelegt, nicht nur die Vorgaben des Römischen Statuts in der nationalen Implementierung zu erfüllen, sondern auch bestehendes Völkergewohnheitsrecht umzusetzen. Ferner beinhaltet § 11 Abs. 3 VStGB in Teilen einen Wortlaut, der als solcher vom einheitlichen Wortlaut der einschlägigen internationalen Verträge wie dem 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen und dem Römischen Statut abweicht, und damit unnötig für Verwirrung bei der Auslegung und Einordnung sorgt. Darüber hinaus bestünde durch eine Reformierung auch die Möglichkeit, Klarstellungen im Hinblick auf die spezifischen Norminhalte vorzunehmen, und damit international eine Vorreiterrolle zu bekleiden.

Die Gelegenheit wäre nun gegeben, 20 Jahre nach Inkrafttreten der deutschen Umsetzung des Römischen Statuts im Völkerstrafgesetzbuch. Nur scheint der politische Wille oder das entsprechende Reformbewusstsein parteiübergreifend zu fehlen. Dabei müssen wir den Blick nicht weit schweifen lassen, um die Relevanz der Thematik und zugleich auch die Problematik zu begreifen.

Der Krieg in der Ukraine zeigt aktuell, welchen Schaden die Umwelt, beispielsweise Feuchtgebiete und Tiere, durch Kampfhandlungen nehmen. Die Beschädigung und Zerstörung von Fabriken führt zu Umweltverschmutzungen und Verseuchungen und Angriffe im Umfeld von Kernkraftwerken können weitreichende Folgen für Menschen und die Umwelt haben. Auch der Konflikt in Gaza verdeutlicht, dass urbane Kriegsführung Umweltschäden verursacht. Letztendlich kann der Schutz der Zivilbevölkerung nicht ohne den Schutz der Umwelt gedacht werden. Ohne eine ansatzweise intakte Umwelt sind kriegsbedingte Gebietsgewinne wenig wert, und auch das Überleben der Bevölkerung nach Kriegsende wird mit verseuchter Fauna und Flora nur schwer zu gewährleisten sein. Umso erstaunlicher ist es, dass trotz der Präsenz des Themas in den Medien weder die Bundesregierung noch die Mitglieder des Deutschen Bundestags Bemühungen unternommen haben, § 11 Abs. 3 VStGB in die Reform mit einzubeziehen. Dabei sind einige Reformansätze niedrigschwellig umsetzbar.

Korrektur eines redaktionellen Versehens

Auch wenn wenig Hoffnung auf eine Kriminalisierung des sogenannten Ökozids besteht, so sollte das aktuelle Reformbestreben der Bundesregierung doch zumindest redaktionelle Versehen korrigieren. Der Wortlaut des § 11 Abs. 3 VStGB, obwohl angelehnt an Art. 8(2) lit. b(iv) Römisches Statut, welcher wiederum auf § 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen beruht, wurde abweichend von der deutschen Übersetzung des 1. Zusatzprotokolls mit einem anderslautenden Wortlaut versehen. Anstelle des deutschen Wortlauts des § 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll („ausgedehnte, langanhaltende und schwere Schäden der natürlichen Umwelt“) ist im VStGB aktuell anderslautend von „weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt“ die Rede, obwohl beide englischsprachigen Normen wortgleich sind. Das sachkundige Publikum weiß, dass derartige Abweichungen juristisch zumindest erklärungsbedürftig sind, insbesondere bei Abweichen von einer einheitlichen englisch-, französisch- und auch spanischsprachigen Version als autoritative Sprachen des 1. Zusatzprotokolls und des Römischen Statuts. Es ist mit den öffentlich zugänglichen Dokumenten jedoch nicht zu rekonstruieren, wie es zu dem abweichenden deutschen Wort-

laut im VStGB kam. Ohne viel Erklärungsbedarf könnte dieses redaktionelle Versehen in der Übersetzung in § 11 Abs. 3 VStGB nun an den initialen Wortlaut des 1. Zusatzprotokolls angepasst werden.

Ausweitung auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte

Bedauerlich ist zudem, dass Straftaten gegen die Umwelt in der aktuellen Version des VStGB nur für den internationalen bewaffneten Konflikt, also Kriege zwischen Staaten wie aktuell im Russland-Ukraine-Konflikt, kriminalisiert werden. Denn völkergewohnheitsrechtlich können Straftaten gegen die Umwelt auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt als Kriegsverbrechen gewertet werden. Belege für eine solche Feststellung hat nicht nur die Studie des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes zum Völkergewohnheitsrecht gesammelt, sondern auch die UN Völkerrechtskommission ermittelt. Nicht-internationale bewaffnete Konflikte werden zwischen nicht-staatlichen Akteuren (wie Terrororganisationen oder Rebellengruppen) und Staaten geführt, wie im Falle Syriens, Süd-Sudans oder Kolumbiens. Sie galten lange Zeit bis zur völkerrechtswidrigen Invasion Russlands in die Ukraine als relevanteste Konfliktform der letzten Jahrzehnte. Ihre Auswirkungen auf die Umwelt sind nicht weniger schlimm als bei einem Krieg zwischen Staaten, brennende Ölquellen oder verseuchte Landzüge sind auch hier eine Kriegsfolge. Die Bundesrepublik könnte nun unter Verweis auf geltendes Völkergewohnheitsrecht eine Reform des § 11 Abs. 3 VStGB begründen und eine Anwendung auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte ermöglichen.

Das eigentliche Problem: Undefinierter Wortlaut und Unverhältnismäßigkeitsschwelle

Nicht unerwähnt bleiben soll aber eine grundsätzliche Problematik der Kriegsverbrechen gegen die Umwelt. Selbst bei Korrektur des Wortlauts und Anpassung an geltendes Völkergewohnheitsrecht bleibt das Problem der bisherigen Unanwendbarkeit der Norm bestehen. Es gibt einen Grund, warum weder die deutschen Ermittlungsbehörden noch die Staatsanwaltschaft des Internationalen Strafgerichtshofs Ermittlungen aufgenommen geschweige denn Anklage im Falle von Straftaten gegen die Umwelt erhoben haben. Die Krux liegt zum einen im Wortlaut der Ursprungsnorm des § 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen. Es ist unklar, was unter den Schadensattributen der „ausgedehnten, langanhaltenden und schweren“ Schäden zu verstehen ist. Es gibt keine Legaldefinition dieser drei Attribute, und in den *travaux préparatoires*, welche die Positionen der Staaten und Diskussionsinhalte bei Verhandlung des 1. Zusatzprotokolls dokumentieren, ist auch kein Konsens hinsichtlich der Begrifflichkeiten zu identifizieren. „Langanhaltend“ wurde beispielsweise von einigen Staatendelegationen als „mehr als zehn Jahre andauernd“ definiert, andere Staaten gingen von einem Zeitraum von mehr als zwanzig oder dreißig Jahren aus. Selbst das Regelungsobjekt, die „natürliche Umwelt“, konnte mangels Konsens zwischen den Staaten nicht definiert werden.

Ferner müssen alle drei Schadensattribute kumulativ erfüllt sein, damit eine Handlung unter Art. 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen und Art. 8(2) lit. b(iv) Römisches Statut fällt. Auch hier könnte der deutsche Gesetzgeber im Rahmen einer Reform überlegen, von der kumulativen Voraussetzung abzuweichen, und lediglich die Erfüllung von zwei der drei Attribute fordern. Als Folge könnte die Norm trotz der weiterhin hohen Anforderungen zumindest in einigen Fällen angewandt werden. Es könnten außerdem im Rahmen der Gesetzesbegründung Definitionen aufgenommen werden, die zum einen die deutschen Behörden leiten und zugleich als Inspiration für andere Staaten dienen.

Zusätzlich zu den beschriebenen Herausforderungen der Regelung des Art. 35 Abs. 3 1. Zusatzprotokoll und Art. 8(2) lit. b(iv) Römisches Statut tritt im Römischen Statut die Unverhältnismäßigkeitsschwelle hinzu. Aufgrund dieser werden nur Handlungen kriminalisiert, die zu Schäden führen, die „eindeutig außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen“. Auch wenn das Römische Statut eine solche zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung vorsieht, könnte die deutsche Regelung darauf verzichten. Das humanitäre Völkerrecht sieht eine Unverhältnismäßigkeitsschwelle nicht vor und beinhaltet bereits nicht einfach zu erreichende Voraussetzungen. Den Erfordernissen des Römischen Statuts würde die Bundesrepublik trotzdem gerecht, und sie würde zeitgleich ein Zeichen setzen, dass auch der Schutz der Umwelt im bewaffneten Konflikt ein erstgemeintes Anliegen darstellt.

So hat der Chefankläger des Internationalen Strafgerichtshofs, Karim Khan, gerade erst letzte Woche verlauten lassen, dass er Ende des Jahres die Veröffentli-

chung eines *policy paper* zu Umweltverbrechen plant. Mit einer erweiterten deutschen Reform, welche auch § 11 Abs. 3 VStGB adressiert, könnte die Bundesrepublik diese neue Initiative maßgeblich unterstützen und beeinflussen, und damit einen wichtigen Beitrag zum effektiveren Schutz der Umwelt im Krieg leisten.

Dieser Beitrag basiert auf der Veröffentlichung Dienelt, „Straftaten gegen die Umwelt", in: Jeßberger/Aziz (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Anwendungspraxis und Reformbedarf, Nomos (2023), 213-233, abrufbar hier.

Niklas Täuber

Umweltverfassung in Aktion

Das OVG Berlin-Brandenburg zu Klimasofortprogrammen: Zwischen innovativer Auslegung, vertanen Chancen und einer unsicheren Zukunft.

doi: 10.59704/d175b2c90aa2ba1e

Wie viele grundlegende Entscheidungen auf verfassungsgerichtlicher Ebene ist auch der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts in seiner konkreten Regelungswirkung gering. Aus 106 Seiten Beschluss folgt bloß die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Emissionsreduktionsziele ab dem Jahr 2031 spezifischer zu regeln. „Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen."

Dass ein solch umfangreicher Verfassungsgerichtsbeschluss Auswirkungen auf das Recht weit über seine konkrete Regelungswirkung hinaus hat, zeigt sich u.a. im aktuellen Doppelurteil des OVG Berlin-Brandenburg zur Verpflichtung der Bundesregierung, Sofortprogramme für die Sektoren Gebäude und Verkehr nach § 8 Klimaschutzgesetz (KSG) vorzulegen.[1] Das Gericht musste im zugrundeliegenden Sachverhalt mit einer Reihe von umweltrechtlichen Problemstellungen in Zulässigkeit und Begründetheit umgehen und hat diese sinnvollen Lösungen zugeführt (dazu schon Konstantin Welker in diesem Blog nach Veröffentlichung des Tenors im November 2023). Mit der nun zugänglichen Entscheidungsbegründung für beide Verfahren (Vorveröffentlichung durch die Klägerin hier) wird neben dem generell hohen Niveau der richterlichen Rechtsfindung auch die Einbindung des Umweltverfassungsrechts in fachgesetzlichen Gerichtsentscheidungen plastisch.

Der folgende Beitrag zeigt auf, wie der Senat des OVG die durch den Klimabeschluss aufgewerteten Belange des Umweltverfassungsrechts nutzt, um seine Auslegungsergebnisse durch verfassungskonforme Auslegung abzusichern. Dabei hat das OVG trotz des argumentativ hohen Niveaus der Entscheidung die Chance verpasst, das KSG weiter für verfassungskonforme Interpretationen zu öffnen.

Verfassungsrechtlich abgesichert

In seiner Begründetheitsprüfung der Klage(n) geht der Senat schulmäßig vor und listet zunächst die genauen Voraussetzungen für eine begründete Klage auf. Es wird sodann geprüft, ob die Bundesregierung einer Verpflichtung unterlag, ein Sofortprogramm für die entsprechenden Sektoren zu erlassen und ob die sich für die Klägerin (die Deutsche Umwelthilfe) als Vereinigung ergebenden Begründetheitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 4 UmwRG vorliegen. Dazu nutzt das Gericht seine prozessrechtlichen Möglichkeiten[2], um der Bundesregierung eine verbindliche Auslegung der umstrittenen Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 1 KSG an die Hand zu geben. Im Rahmen dieser Auslegung der Tatbestandsmerkmal des § 8 Abs. 1 KSG geht das Gericht an zwei Stellen auf verfassungsrechtliche Erwägungen ein:

„Für die folgenden Jahre"

Das Sofortprogramm muss nach § 8 Abs. 1 KSG die Einhaltung der Jahresemissionsmengen *für die folgenden Jahre* sicherstellen. Die Parteien stritten hier darum, welchen Zeitraum dieses Tatbestandsmerkmal abdeckt. Die Klägerin trug vor, dass das Sofortprogramm die Einhaltung ab dem „unmittelbar nachfolgenden Kalenderjahr" sicherstellen müsse. Die Beklagte ging davon aus, dass das Jahr 2030 als erstes gesetzliches Zwischenziel nach § 3 Abs. 1 KSG ausreichen müsse. In schulmäßiger Auslegung findet das Gericht einen Mittelweg und argumentiert mit dem Wortlaut („folgende Jahre" statt „folgendes Jahr") gegen das Vorbringen der Klägerin. In der Systematik des KSG und dem Sinn und Zweck der Sofortprogramme (v.a. in Abgrenzung zu Klimaschutzprogrammen nach § 9 KSG) findet der Senat Argumente gegen die Position der Bundesregierung und formuliert im Ergebnis einen

[1] OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 30.11.2023, 11 A 11/22 – „Gebäude", 11 A 27/22 – „Verkehr". Inhaltlich sind beide Urteile etwa deckungsgleich. Wenn im Folgenden nach Seitenzahl differenziert wird, ist der Bezugspunkt das Urteil 11 A 11/22, zitiert ist die jeweils oben auf der Seite angegebene Seitenzahl.

[2] Die analoge Anwendung des § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO auf die hier statthafte Leistungsklage.

Mittelweg: Klimasofortprogramme sollen in den unmittelbar nachfolgenden Jahren durch eine „schnelle Nachsteuerung“ gewährleistet werden (siehe Urteil, S. 43-45).

Um dieses Auslegungsergebnis zu „bestätig[en]“ und eine flexiblere Handhabung der Vorgaben durch die Bundesregierung zu verhindern, bezieht das OVG im letzten Begründungsschritt „verfassungsrechtliche Erwägungen“ mit ein. Hier geht der Senat vertieft auf den Klimabeschluss ein. Nach Aufriss der Schutzpflichtendimension stellt der Senat eine eingriffsähnliche Vorwirkung der Emissionen zulassenden Normen in §§ 3, 4 KSG mit den zugehörigen Anlagen fest, um sodann kurz anzureißen, dass „die Schonung künftiger Freiheit“ auch verlange „den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten“, was erfordere, „frühzeitig transparente Maßgaben“ für die Reduktion festzulegen. Nach diesem Ausflug in die Ausführungen des Klimabeschlusses hält der Senat dann knapp fest, dass mit der aktuellen Ausgestaltung des KSG der Gesetzgeber das ihm verfassungsrechtlich aufgetragene Schutzkonzept ausgefüllt habe. Der Bundesregierung bleibt so kein Gestaltungsspielraum, sich nur an den Zielen des § 3 Abs. 1 KSG (Zeitraum bis 2030) zu orientieren, sondern auch die sektorbezogenen Jahresemissionsmengen und -minderungen nach § 4 KSG sind für die Regierung verbindlich (siehe Urteil, S. 45-46).

Diese Ausführungen zeigen einen souveränen Umgang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Zugleich scheinen jedoch auch Unsicherheiten des Senats in Bezug auf die Feinheiten der systematischen Zusammenhänge der verschiedenen Konstruktionen im Klimabeschluss durch. Was kann eine Prüfung der Schutzpflichtendimension des Grundrechts auf Leben im Umweltverfassungsrecht noch bringen? Wie kann ein Gericht die intertemporale Freiheitsicherung operabel machen? Wie hängen beide Grundrechtsdimensionen zusammen? Diese Unsicherheiten treiben seit Veröffentlichung des Beschlusses die Rechtswissenschaft um (bspw. in diesem Blog hier und hier). Auch das OVG hat hierfür keine Lösung parat, findet aber einen richterlich klugen Weg, damit umzugehen, indem es die zugehörigen Maßstäbe aufnimmt, sich aber nicht in den verfassungsdogmatischen Details verliert, sondern diese zielorientiert auf die Auslegungsfrage bezieht.

Unklares „Sicherstellen“

Der zweite Punkt, in welchem sich das OVG mit Verfassungsrecht auseinandersetzt, ist gleichzeitig der entwicklungsfreudigste. Ausgangspunkt ist wieder § 8 Abs. 1 KSG. Das Sofortprogramm muss die Einhaltung der Jahresemissionsmengen für die folgenden Jahre *sicherstellen*. Was heißt also „sicherstellen“ im Sinne des § 8 Abs. 1 KSG? Das OVG beginnt hier wieder mit einer Wortlautanalyse. Sicherstellen lege einen „hohen Grad an Wahrscheinlichkeit der Erreichung des vorgegebenen Ziels“ nahe. In die gleiche Richtung ziehen nach Argumentation des Gerichts auch Sinn und Zweck der Norm sowie die Systematik des KSG wie in der vorigen Auslegung erläutert: „Die Erreichung dieses Zieles ist nach der gesetzlichen Konzeption für die Auswahl der Maßnahmen durch die Bundesregierung maßgeblich“ (siehe Urteil, S. 43).

Trotzdem, so führt der Senat weiter aus, gebe es aufgrund der zu treffenden Prognoseentscheidung einen weiten Einschätzungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei. Damit gelangt das Gericht an einen Punkt, an dem verwaltungsgerichtliche Urteile oft enden: In der fehlenden Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung und damit dem Primat der politischen Entscheidungsträger. Doch das OVG lässt es hierbei nicht bewenden. Das „Sicherstellen“ der Erreichung der Zwischenziele sei zwar durch das Gericht nicht überprüfbar. Die Systematik des KSG gebe der Bundesregierung jedoch eine andere Unterstützung in der Entscheidungsfindung an die Hand: Den Expertenrat für Klimafragen. Dieser prüft die vorgeschlagenen Sofortmaßnahmen der Bundesregierung nach § 12 Abs. 2 KSG und berichtet der Bundesregierung hierüber. Den Ansichten des Rates komme nach dem KSG zwar keine Verbindlichkeit zu. Aus dieser Einrichtung der vorgängigen Überprüfung sowie der Expertise in Anbetracht der hochkomplexen Prognoseentscheidungen gehe jedoch hervor, dass die Bundesregierung die Prüfergebnisse des Expertenrates „angemessen berücksichtigen“ müsse. Die Kehrseite der Annahme der angemessenen Berücksichtigung findet das Gericht dann in der Annahme einer Begründungspflicht der Bundesregierung, wenn sie von der Prüfung des Expertenrats abzuweichen will.

Auch dieses Auslegungsergebnis stützt das Gericht durch verfassungsrechtliche Erwägungen und einen Rekurs auf Art. 20a GG ab. Hier findet es in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ein zusätzliches

Argument: So obliege dem Gesetzgeber eine besondere Sorgfaltspflicht bei Vorliegen wissenschaftlicher Ungewissheit über naturwissenschaftliche Zusammenhänge, insbesondere bei unumkehrbaren Folgen für die Umwelt, aus Art. 20a GG (siehe Urteil, S. 46-48).

Potenzial nicht ganz ausgeschöpft

Das Urteil des OVG Berlin Brandenburg ist geprägt von sauberer Arbeit mit den Normen und Wertungen des KSG und sowohl verfassungs- als auch einfachrechtlich von herausragendem argumentativem Niveau. Dabei ist insbesondere die prozedurale Einbindung des Klimaexpertenrates und die damit verbundene Aufwertung dieses Gremiums beachtlich. Die §§ 11, 12 KSG sind wegen der sehr zurückhaltenden Ausgestaltung des Expertengremiums verfassungspolitisch und -rechtlich kritisiert worden.[3]

Das OVG nimmt nun *de lege lata* durch überzeugende systematische und teleologische Auslegung eine stärkere Rolle des Rates innerhalb des Systems des KSG an. Dabei stellt das OVG wie gezeigt auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip – angeknüpft an Art. 20a GG – ab (ohne dieses jedoch zu benennen), um die Anknüpfung der Begründungspflicht in der wissenschaftlich komplexen Prognoseentscheidung zu begründen. Hier wäre jedoch noch eine darüber hinaus gehende verfassungsrechtliche Absicherung einer prozeduralen Einbindung des Expertenrates möglich gewesen: So fordert Art. 20a GG – wie das BVerfG ausführlich herleitet – den Gesetzgeber auf, ein kohärentes Schutzkonzept (hier, Rn. 61, 151) in Form eines Leitgesetzes [4] für den Klimaschutz zu entwerfen. Dabei handelt es sich zum einen um ein materielles Erfordernis. Gleichzeitig beinhaltet Art. 20a GG jedoch nicht nur das Gebot, ein dem Untermaßgebot entsprechendes Schutzniveau zu schaffen, sondern auch, dieses effektiv abzusichern, was wiederum eine prozedurale Dimension beinhaltet: Die Einhaltung des gewählten materiellen Schutzstandards muss auch verfahrensrechtlich abgesichert werden, um Effektivität zu gewährleisten.[5] Wenn also das OVG durch überzeugende systematische und telelogische Argumente dem KSG entnimmt, dass eine Abweichung von den Prüfungsergebnissen des Expertenrates eine Begründung erfordert, so lässt sich ein solches „Mehr“ an prozeduraler Einbindung des Expertenrates verfassungsrechtlich direkt durch Art. 20a GG absichern.

Blick in die Zukunft

Das OVG zeichnet in seinem Urteil ein Bild davon, wie das Klimaschutzgesetz als Leitgesetz funktionieren kann. Verbindliche Ziele und Zwischenziele, deren Einhaltung sektorbezogen durch die Pflicht zum Erlass von Sofortprogrammen abgesichert sind. Dies wird unterstützt durch die prozedurale Einbindung der Fachkompetenz von Klimaexperten. Ein prozeduralisiertes Zusammenwirken von Politik und Wissenschaft. Rationale, wissenschaftlich fundierte Maßnahmen gehen Hand in Hand mit einer Letztentscheidungsbefugnis demokratisch legitimierter Akteure. Dazu eine weitere Absicherung durch eine zurückgenommene gerichtliche Kontrolle.

Doch diese Ausgewogenheit im Recht des Klimaschutzes scheint nicht von Dauer zu sein. So hat die Bundesregierung im September letzten Jahres einen Gesetzentwurf beschlossen, welcher den Mechanismus der Sofortprogramme erheblich abschwächen soll; insbesondere die strikte sektorale Betrachtung soll aufgegeben werden.[6] Ob eine solche Abschwächung des gesetzgeberischen Schutzkonzeptes durch den Gesetzgeber noch mit den im Klimabeschluss entwickelten Maßstäben des Umweltverfassungsrechts vereinbar ist, wird an anderer Stelle zu beurteilen sein. Jedenfalls steht in Anbetracht dieser Entwicklungen zu befürchten, dass die hier analysierten OVG-Entscheidungen mit der auf den Weg gebrachten Rechtsänderung keine so zukunftsweisende Wirkung hat, wie es ihr argumentatives Potenzial nahelegt.

[3] Calliess, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20a GG, Rn. 48 m.w.N.

[4] Dazu Calliess, Berliner Online-Beiträge Nr. 146, S. 7 m.w.N., abrufbar hier.

[5] Zuletzt Calliess, ZUR S. 65 (66) m.w.N.

[6] BT-Drs. 20/8290, insb. S. 1 f., 10, 14 ff.

Jakob Härterich

Maschinengewehre und Handgranaten für die Polizei

doi: 10.59704/31e08c6504ab86c7

Mit Urteil vom 25.01.2024[1] hat der sächsische Verfassungsgerichtshof im Rahmen einer von den Landtagsfraktionen der Linken und Grünen angestrengten Normenkontrolle verschiedene Regelungen des Sächsischen Polizeivollzugsdienstgesetzes und des Sächsischen Polizeibehördengesetzes für verfassungswidrig und nichtig erklärt. In seiner Entscheidung hat der Gerichtshof sich überzeugend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu heimlichen Überwachungsbefugnissen angeschlossen, das Erfordernis der Normenklarheit grundrechtsstärkend ausgelegt und – dies ist das Kernproblem der Entscheidung – die polizeiliche Aufrüstung zu weit zugelassen. Damit ergeht fast vier Jahre nach dessen Inkrafttreten, eine Entscheidung zu einem weiteren novellierten Landespolizeigesetz.

Dort, wo das Gericht sich über die Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse hinaus mit gefahrbeendenden Eingriffsbefugnissen (§ 21 SächsPVDG) der Polizei beschäftigt, überträgt es die Wertungen bezüglich der Vorverlagerung der Eingriffsschwelle. Dass gefahrbeendende Maßnahmen regelmäßig mit tieferen Eingriffen einhergehen, berücksichtigt das Gericht, indem es die Anforderungen an die Gefahr wiederum erhöht, und eine hinreichend konkretisierte Gefahr, die auf Tatsachen beruht, fordert (S. 133). Begrüßenswert ist außerdem die Präzisierung des Gerichts, das für die Normadressat*innen aus den polizeilichen Befugnisnormen ersichtlich sein muss, wann Daten über sie erhoben werden könnten.

Im letzten Komplex des Verfahrens hatte sich das Gericht mit der Aufrüstung der Polizei zu befassen. Das Gesetz sieht vor, dass Spezialkräfte der Polizei mit Waffen ausgerüstet werden, die sie bisher noch nicht tragen durften. Der im Jahr 2018 angeschaffte Polizeipanzer „Survivor R“ sollte jedoch nach der Änderung des Polizeigesetzes ursprünglich mit neuen Maschinengewehren ausgestattet werden. Inwiefern eine solche Möglichkeit zur Aufrüstung erforderlich ist, wenn konkret gar kein Bedürfnis nach anderer Ausrüstung der Polizei besteht, erschließt sich nicht. Es handelt sich also um eine „Aufrüstungsermächtigung auf Vorrat“ die der Verfassungsgerichtshof weit in die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gerückt hat. Dies wird der potenziellen Gefährdung von Unbeteiligten durch diese Gesetzesänderung nicht gerecht. Für den neu eingeführten § 59 SächsPVDG, die nur in Sachsen normierte intelligente Videoüberwachung, fehlte das objektive Klarstellungsinteresse, weil diese Vorschrift mit Wirkung vom 31.12.2023 außer Kraft getreten ist, § 108 SächsPVDG.

Maßstab für die Verhältnismäßigkeit von Eingriffsbefugnissen

Den beanstandeten Normen (§§ 60 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 sowie Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2, § 63 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3, § 64 Abs. 1, 5, § 66 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3, § 67 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 68 Abs. 1, § 74 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SächsPVDG) gemein ist, dass sie verdeckte Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse enthalten, die in Art. 27 Abs.1, das Fernmeldegeheimnis und Art. 33 SächsVerf, das Grundrecht auf Datenschutz eingreifen.

Durch diese Befugnisnormen können tiefgreifende Grundrechtseingriffe durch die Polizei vorgenommen werden. Diese tief eingreifenden Maßnahmen sind nur mit der Verfassung vereinbar, wenn sie dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter dienen (S.52). Neben dem Gewicht einzelner Rechtsgüter kann ein Eingriff auch dadurch gerechtfertigt werden, dass das Gemeinwesen durch die besondere Art einer Tatbegehung bedroht wird, etwa wenn sie der Verhinderung von Vergehen, die sich gegen bedeutende fremde Sach- und Vermögenswerte richten und auf eine den Rechtsfrieden besonders störende Art begangen werden (S.52). Die Ausführungen zu

[1] Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen Urteil vom 25.01.2024 – Vf. 91-II-19; nachfolgende Klammerzusätze mit Hinweisen auf Seitenzahlen beziehen sich auf diese Entscheidung.

§ 63 Abs. 2 S.1 Nr.1 und 2 SächsPVDG sind dabei exemplarisch für die Argumentation des Gerichtshofes bezüglich der weiteren für verfassungswidrig erklärten Normen des sächsischen Polizeirechts.

Der Gerichtshof erklärte die § 63 Abs. 2 S.1 Nr.1 und 2, die längerfristige Observation und den Einsatz besonderer technischer Mittel für verfassungswidrig, insoweit die Norm die Eingriffsschwelle zu weit absenkt. Der Verfassungsgerichtshof sah dies als gegeben an, wenn die Eingriffsnormen an Straftatbestände, die bereits Vorbereitungshandlungen sowie bloße Rechtsgutgefährdungen umfassen, anknüpfen.

Das bedeutet jedoch nicht, dass polizeiliche Maßnahmen nur auf die Abwehr konkreter bestehender Gefahren beschränkt sind. Vielmehr muss in jedem Einzelfall ermittelt werden, ob es Anzeichen dafür gibt, dass ein Sachverhalt zu einer konkreten Gefahr für ein Schutzgut wird. Es müssen Tatsachen vorliegen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf hindeuten, dass eine bestimmte Person eine bestimmte Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut in zeitlich absehbarer Nähe verursacht (S.53). Diese besonderen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der beanstandeten Normen begründete der Verfassungsgerichtshof damit, dass die Eingriffe typischerweise ohne die Kenntnis der Betroffenen erfolgen und von ihnen nicht angegriffen werden können.

Den Anforderungen an die so konkretisierte Verhältnismäßigkeit nicht gerecht wird jedoch ein Grundrechtseingriff, der an Umstände anknüpft, die noch überwiegend im Vorfeld einer tatsächlich entstehenden Gefahr für ein Rechtsgut liegen. Daraus ergibt sich für die Normen, in denen der sächsische Gesetzgeber auf außerhalb des PVDG liegende Straftatbestände verwiesen hat, dass diese nicht solche Geschehen pönalisieren dürfen, die lediglich Vorbereitungshandlungen oder bloße Rechtsgutsgefährdungen umfassen. Wenn ein solcher Tatbestand vorliegt, bedeutet, dass nicht bereits, dass die Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut tatsächlich konkretisiert (genug) ist.

Über die Verweisungen des Definitionskatalogs des § 4 Nr.4, 5a) und b) und SächsPVDG werden auch Delikte (z.B. §§ 129a und 129b StGB) mit in den von § 63 SächsPVDG erfassten Bereich einbezogen, bei denen es sich um abstrakte Gefährdungsdelikte ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr für ein Rechtsgut handelt. Es wird weder durch die Verweisung noch durch die Norm selbst eine Konkretisierung der Gefahr für ein Rechtsgut verlangt und die Norm ist deshalb unverhältnismäßig.

Anders verhält es sich bei der darauffolgenden Verweisung auf terroristische Straftaten aus § 4 Nr.5 c) SächsPVDG. Der Verfassungsgerichtshof zieht hier die Grenze, wann die Verhältnismäßigkeit noch eingehalten ist. § 4 Nr.5 c) SächsPVDG verweist auch auf § 129a StGB, stellt aber über den Tatbestand hinaus weitere Anforderungen daran, wann ein polizeilicher Eingriff erfolgen darf. Demnach muss die Tat eine terroristische Zwecksetzung und Eignung haben. Sie muss also bedeutende Rechtsgüter konkret gefährden (S.58f.).

Argumentation folgte das Gericht auch bezüglich der neuen Standardermächtigungen des Aufenthaltsge- und verbots sowie dem Kontaktverbot, § 21 Abs. 2, Abs. 3 SächsPVDG. An diese Maßnahmen, die, im Unterschied zu den oben aufgeführten gefahrenbeendend wirken sollen, werden höhere Anforderungen gestellt. Diese Maßnahmen gehen regelmäßig mit tieferen Grundrechtseingriffen einher als bloße Gefahrerforschungseingriffe. Durch diese Maßnahmen wird das Verhalten der Betroffenen unmittelbar eingeschränkt (S. 133). Die Eingriffsvoraussetzungen werden von § 21 SächsPVDG so präzisiert, dass jeweils besondere Tatsachen, die die Gefahrprognose stützen, erforderlich sind. Diesen Anforderungen wird die Norm dort nicht gerecht, wo sie an Vorfeldstraftaten und Rechtsgutgefährdungen anknüpft.

Bessere Normenklarheit erforderlich

Hinsichtlich ihrer Bestimmtheit und Normenklarheit, die der Gerichtshof als einheitliches Postulat versteht, befand er § 30 Abs.1 Nr.2 SächsPBG und § 80 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 SächsPVDG als nicht mit der sächsischen Verfassung vereinbar.

30 Abs.1 Nr.2 SächsPBG enthält die Befugnis, personenbezogene Daten in öffentlich zugänglichen Räumen durch den offenen Einsatz technischer Mittel zur Bildaufnahme und -aufzeichnung zu erheben, wenn dies zum Schutz gefährdeter öffentlicher Anlagen oder Einrichtungen erforderlich ist. Zu klären, um welche Anlagen und Einrichtungen es sich dabei handeln soll, bleibt der Gesetzgeber schuldig. Auch wann sie gefährdet sind und was für eine Art der Gefahr bestehen muss, verrät § 30 Abs. 1 Nr.2 SächsPBG nicht. Begrenzt wird der Tatbestand nur von einer Erforderlichkeitsklausel. Dies genügt dem Bestimmtheits- und Klarheitsgebot insofern nicht, als das für den Adressaten der Norm aus dieser heraus

erkennbar sein muss, wann Daten von ihm erhoben werden könnten. Außerdem bietet der Wortlaut nicht genügend Anhaltspunkte, um die Rechtmäßigkeit einer solchen Überwachung zu überprüfen. Die Ermächtigung genügt also dem Bestimmtheits- und Klarheitsgebot nicht und ist deshalb verfassungswidrig.

Ebenso wie § 80 Abs. 2 SächsPVDG, bei dem der Gerichtshof beanstandet, dass „sich (...) selbst für den mit den Techniken juristischer Auslegung vertrauten Rechtsanwender nicht (erschließt), ob § 80 Abs. 2 SächsPVDG einen Unterfall der Weiterverarbeitung innerhalb polizeilicher Informationssysteme gemäß § 80 Abs. 1 SächsPVDG darstellt oder aber als eigenständige Rechtsgrundlage für die zweckändernde Weiterverarbeitung von Daten aus repressiven Maßnahmen selbstständig neben § 80 Abs. 1 SächsPVDG steht“(S.122).

Kein Problem mit Maschinengewehren und Granaten

Zur Prüfung standen auch §§ 40 Abs. 4 S.3, 46 SächsPVDG die Spezialeinheiten des Polizeivollzugsdiensts den Einsatz von Maschinengewehren und Handgranaten erlauben. Der sächsische Verfassungsgerichtshof sah insofern keine geschriebenen oder ungeschriebenen Grundsätze in der Sächsischen Verfassung, nach denen eine Ausstattung der Landespolizei mit Maschinengewehren und Handgranaten verfassungsrechtlich zu beanstanden sei. Zu dem von den Antragstellern gerügten Gebot der Trennung von Militär und Polizei äußerte sich der Gerichtshof nur insofern, als er keine Anhaltspunkte dafür sieht, dass sich aus Art. 28 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 35 Abs. 2, 3 GG oder Art. 87a Abs. 4 GG ein Verbot der Ausstattung mit den entsprechenden Waffen ergäbe. Die Überprüfung dessen sei dem Verfassungsgerichtshof sowieso kompetenziell nicht möglich.

Auch hinsichtlich dessen, dass diese Waffen, wenn sie eingesetzt werden, eine Vielzahl von Menschen verletzen oder töten können, sah der Gerichtshof keine verfassungsrechtlichen Probleme.

Die Antragssteller*innen hatten darüber hinaus gerügt, dass die gesetzlichen Vorgaben, um Handgranaten und Maschinengewehre einzusetzen in Art. 14 Abs.1 (Menschenwürde) und Art. 16 Abs.1 SächsVerf (das Recht auf Leben) eingreifen. Bei ihrem Einsatz könne nicht sicher genug ausgeschlossen werden, dass auch Unbeteiligte sterben (S.31). Der Gerichtshof hält polizeiliche Maßnahmen grundsätzlich für unzulässig, sofern sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Tod Unschuldiger bzw. Unbeteiligter führen (S. 148). Unbeteiligte in diesem Sinne sind jene, gegen die im konkreten Fall die Voraussetzungen für den Schusswaffengebrauch nicht vorliegen.

Das Gericht sah diese Gefahr durch zwei als Einschränkungen gebannt an.

Zunächst dadurch, dass der Einsatz in Menschenmengen gemäß § 46 Abs.2 S.2 SächsPVDG ausgeschlossen ist und dadurch, dass ihr Einsatz nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben einer anderen Person rechtmäßig ist, § 43 Abs.4 S.2 SächsPVDG.

Die Argumentation des Gerichtshofs ist insofern inkonsistent, als dass diese Regelungen den von ihm aufgestellten Maßstäben an die Verhältnismäßigkeit nicht zwingend gerecht werden. Auch bei Einsätzen zur Abwehr einer Gefahr für das Leben einer Person können Unbeteiligte gefährdet werden. Durch das Verbot, die besonderen Waffen in Menschenmengen einzusetzen, wird dieser Gefahr nicht hinreichend begegnet.

Der Gerichtshof rechtfertigt dies damit, dass ausschließlich so der staatlichen Schutzpflicht für das menschliche Leben nachgekommen werde und die Einschränkung in § 43 Abs.4 S.2 den Einsatz auf Fälle reduziere, in denen der Einsatz das letzte verbleibende Mittel ist (S. 149).

Durch die prozessuale Regelung, dass nur Spezialkräfte nach Freigabe des Polizeipräsidenten oder seines Vertreters die besonderen Waffen einsetzen dürfen, würde der Einsatz auch formell hinreichend eingeschränkt.

Ausblick

Mit dem Urteil vom 25.01.2024 hat der sächsische Verfassungsgerichtshof die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu heimlichen Ermittlungs- und Überwachungsbefugnissen fortgeführt und ohne wesentliche Veränderungen auf das novellierte sächsische Polizeirecht angewendet. Gegen den Einsatz von Handgranaten und Maschinengewehren hatte der Gerichtshof keine Bedenken.

Damit reiht sich das Urteil in die sicherheitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein. Es erklärt Regelungen, die den im SOG-MV-Beschluss aufgestellten Maßstäben nicht genügen, für nicht mit der sächsischen Verfassung vereinbar. Es bleibt zu beobachten, wie sich hier die Verfassungsrechtsprechung (etwa die bereits für 2022 und 2023 angekündigte Entscheidung zu § 20c PolG-NRW) zu den anderen novellierten

Polizeigesetzen der Polizeigesetze entwickelt. Am Bundesverfassungsgericht ist eine bisher zurückgestellte Verfassungsbeschwerde zu den gleichen Normen des neuen Polizeirechts anhängig. Hier wird besonders interessant sein, ob sich das Bundesverfassungsgericht der Bewertung des SächsVerfGH zur Aufrüstung der sächsischen Polizei anschließt. Jedenfalls ist es wünschenswert, dass sich das BVerfG ausführlicher mit dem Gebot der Trennung von Militär und Polizei auseinandersetzt und Klarheit in Frage bringt, wo die Grenze zwischen den beiden verläuft.

Daniel Holznagel

Das Bundeskriminalamt als überdimsensionierte Plattformpolizei

§ 13 DDG-E bleibt bei der künftigen DSA-Zentralstellenaufgabe zu vage und plant mit zu vielen Stellen

doi: 10.59704/779eaf7267424c02

Das von der Bundesregierung vorgeschlagene Digitale-Dienste-Gesetz (DDG-E) soll im Bundestag bis zum März abschließend verhandelt werden und dann schon im April in Kraft treten.

Ein wichtiger Aspekt des Gesetzentwurfs erhält bisher zu wenig Aufmerksamkeit: Was genau soll eigentlich das Bundeskriminalamt (BKA) nach § 13 DDG-E – der nationalen „Begleitgesetzgebung" zu Art. 18 Digital Services Act (DSA) – machen? Ist diese Rolle im gegenwärtigen Entwurf hinreichend abgesichert? Und bedarf es dafür wirklich – wie geplant – 450 Stellen?

Bei näherem Hinsehen zeigen sich potenzielle Sollbruchstellen. Bei der „Entgegennahme" und dem Umgang mit Informationen zu potentiellen Straftaten gemäß § 13 DDG-E dürfte das BKA Beschränkungen unterliegen, die vermutlich nicht gewollt sind. Ferner sprechen empirische Anhaltspunkte deutlich gegen den prognostizierten Stellenbedarf.

Der disruptive Art. 18 DSA

Nach Art. 18 DSA sind Hostingdienste verpflichtet, bei „Kenntnis von Informationen, die den Verdacht begründen, dass eine Straftat, die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person … darstellt, begangen wurde", die zuständigen Behörden zu informieren. Art. 18 DSA nennt als zuständige (Empfangs-) Behörden vorrangig die „Strafverfolgungs- oder Justizbehörden des betreffenden Mitgliedstaats", was sich alternativ nach dem Tatort, dem Wohnsitz des Tatverdächtigen oder dem des Opfers der Straftat richtet.

Die Rolle des BKA nach § 13 DDG-E

13 DDG-E soll die Meldungen der Hostingdienste kanalisieren: Das BKA „nimmt als Zentralstelle Informationen nach Artikel 18 [DSA]… entgegen, verarbeitet diese Informationen im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben nach dem Bundeskriminalamtgesetz und leitet die Informationen an die jeweils zuständige Strafverfolgungsbehörde weiter".

Dies klingt schlank: Zentrale Entgegennahme, Zuständigkeitsermittlung, Weiterleitung.

Tatsächlich ergeben sich eine Reihe von Fragen:

Nur ein Angebot – zur „Entgegennahme"

13 DDG-E formuliert defensiv: Das BKA „nimmt" die Informationen der Anbieter lediglich „entgegen". Dem Vernehmen nach beruht die Formulierung auf der Erwägung, dass Art. 18 DSA bzgl. der möglichen Adressaten der Plattform-Meldungen abschließend sei: Die Anbieter müssen (nur) an die „Strafverfolgungs- oder Justizbehörden" liefern; man könne sie nicht mittels nationaler Regelung zwingen, an eine Mittler-Zentralstelle zu melden. § 13 DDG-E ist danach nur ein Angebot: Ihr könnt – statt an eine Staatsanwaltschaft – auch einfach zentral an das BKA melden!

Für die Anbieter ist dies interessant:

So wird es zwar Fälle geben, in denen für den Anbieter Anhaltspunkte zur zuständigen Staatsanwaltschaft vorliegen, z.B. zum potenziellen Tatort (YouTube-Video einer Gewalttat am Brandenburger Tor) oder zum Wohnsitz des Tatverdächtigen (Geodaten des Uploaders?). Dies wären jeweils Anhaltspunkte zur örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft (§ 143 GVG, §§ 7, 8 StPO).

Oft wird der Anbieter aber keine entsprechende Kenntnis haben. Für die Anbieter wird daher regelmäßig nahe liegen, das „Angebot" anzunehmen und die Informationen iSv Art. 18 DSA an das BKA zu übermitteln. Zumal das BKA mit den Anbietern auch schon Gespräche führt und versucht, den Meldeprozess zu gestalten (Entwicklung einer Schnittstelle / API).

„Entgegennahme" auch nur „zur Verfügung" gestellter Informationen?

Bei näherer Betrachtung zeigt sich ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 18 DSA und der Vorstellung einer Zentralstelle iSv § 13 DDG-E, an welche die Anbieter vermeintlich „unbekümmert" alle Daten iSv Art. 18 DSA zentralisiert ausleiten können.

Hierfür muss man zunächst die Funktionsweise von Art. 18 DSA beachten. Die Vorschrift regelt den Zugriff auf zwei grundsätzlich verschiedene Datensätze. Einerseits der „Verdacht" auf eine Straftat, den die Anbieter „mitteilen", d.h. tatsächlich übermitteln müssen. Andererseits die weiteren „einschlägigen Informationen" (Ermittlungsansätze wie z.B. IP-Adresse, Bezahldaten, Nutzername, Telefonnummer usw.), die nur „zur Verfügung" zu stellen sind, ggfs. z.B. in einem Datenraum zum Abruf (umfassend Holznagel, in: Müller-Terpitz/Köhler, DSA, Art. 18 Rn. 35 ff.). Diese Differenzierung ist im Wortlaut des Art. 18 DSA angelegt. V.a. dient diese Differenzierung dem gebotenen Grundrechtsschutz: Erst wenn die Behörde feststellt, dass am (zwingend) übermittelten Verdacht etwas dran ist, kann sie – gestützt auf spezifische Befugnisnormen und nur soweit erforderlich – die weiteren Ermittlungsansätze abrufen, was dann auch erst gewährleistet, dass die für verschiedene Datenkategorien nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht ggfs. gebotenen Zugriffshürden beachtet werden (ausführlich Holznagel aaO Rn. 43 f.).

Wenn die Anbieter – entsprechend der Konstruktion des Art. 18 DSA und entgegen der Vorstellung des BKA – tatsächlich zunächst nur den Verdacht (und nicht das Gesamtpaket aller einschlägigen Informationen) übermitteln, dann könnte § 13 DDG-E mit der dortigen passiven Formulierung der „Entgegennahme" an Grenzen stoßen. Denn ist es vom Wortlaut („Entgegennehmen") noch gedeckt, wenn das BKA dann tatsächlich Daten abruft? Eventuell kann man § 13 DDG-E hier großzügig auslegen, oder aber man sieht den „Abruf" als Minus der nach §§ 9 – 10a BKAG zulässigen Auskunftsverlangen erfasst. Aber ganz risikolos erscheinen diese Lesarten nicht, da das BVerfG gerade beim staatlichen Datenzugriff zu Ermittlungszwecken relativ streng auf Normenklarheit achtet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 („Bestandsdatenauskunft I"), Rn. 174).

BKA stellt sich wohl eine „Paketlösung" vor: Alles wird übermittelt

Die genannte Differenzierung (Verdacht ist zu übermitteln, einschlägige Informationen sind zur Verfügung zu stellen) erzeugt jedenfalls insofern ein Problem, als mit dem Gesetzentwurf vermutlich gerade angestrebt ist, dass die Anbieter gleich alle Daten iSv Art. 18 DSA an das BKA „in einem Rutsch" übermitteln (hier sog. Paketlösung).

Offenbar kommuniziert das BKA gegenüber den Anbietern auch, dass man sich eine solche Paketlösung wünscht. Dem Vernehmen nach arbeitet das BKA sogar an einer API, bei deren Nutzung die Anbieter zwingend Datensätze jenseits des reinen „Verdachts" übermitteln müssen (z.B. IP-Adresse als „required data").

Eine solche „Paketlösung" impliziert natürlich, dass im Zweifel überschießend auch solche Daten übermittelt werden, die für den eigentlichen Zweck von § 13 DDG-E, nämlich der Weiterleitung an die zuständige Strafverfolgungsbehörde (hier sog. Verteilfunktion) nicht zwingend erforderlich sind. Wenn bspw. YouTube Kenntnis von einem Video erhält, das eine schwere Gewalttat am Brandenburger Tor zeigt, und dem BKA neben dem Video (Verdacht) zugleich IP-Adresse und gespeicherte Zahlungsdaten des Uploaders (einschlägige Informationen) übermittelt, so sind dies mehr Daten, als zur Bestimmung der zuständigen Staatsanwaltschaft (Berlin) erforderlich sind. Und wenn das BKA das Datenpaket dann weiterleitet, erhält die Staatsanwaltschaft Berlin zwingend Kenntnis z.B. der IP-Adresse, deren Beauskunftung sonst unter einem grundsätzlichen Richtervorbehalt stünde (§ 100k, 101a Abs. 1a, 100e StPO).

Die genannten Bedenken (nicht erforderliche Datenverarbeitungen, Umgehung von Eingriffshürden der StPO) lassen sich zwar wegargumentieren: Denn wenn formal betrachtet gar kein Zwang besteht, an das BKA zu melden, dann gehen die genannten „überschießenden" Datenübermittlungen ja nicht (unmittelbar) auf ein hoheitliches Handeln zurück. Formal betrachtet liegt der schwarze Peter bei den Anbietern, die sich fragen müssen: Dürfen wir überhaupt das großzügige Angebot des BKA annehmen und dorthin gleich das ganze „Paket" ausleiten? Oder müssten wir uns nicht – datensparsam – zunächst auf die Übermittlung des Verdachts beschränken?

Wenn die Paketlösung gewünscht ist, d.h. wenn man die Anbieter zum Übermitteln gleich aller Daten „anlocken" möchte, dann sollte der Gesetzgeber wohl eine entsprechende Erlaubnis bzw. Privilegierung der Anbieter klarstellen.

Vorprüfung auf strafrechtliche Relevanz (Filterfunktion)

An die erörterte Datenübermittlung schließt sich eine Folgefrage an. Soll das BKA, bevor es zur eigentlichen Kernaufgabe – der Übermittlung an die örtlich zuständige Strafverfolgungsbehörde (Verteilfunktion) – schreitet, die übermittelten Verdachtsmomente auf strafrechtliche Relevanz prüfen?

Für ein solches Aufgabenverständnis spricht, dass schon die bisherige Arbeit des BKA mit der 2022 (wegen § 3a NetzDG) eingerichteten Zentralen Meldestelle für strafbare Inhalte im Internet (ZMI BKA) eine solche Relevanzprüfung umfasst (vgl. BT-Drs. 19/17741, S. 31), wie auch auf der dortigen Webseite zu lesen ist:

> *„Die ZMI BKA prüft die … angelieferten Meldungen hinsichtlich einer strafrechtlichen Relevanz …"*

Eine solche Relevanzprüfung impliziert, dass das BKA – falls kein strafbares Verhalten erkannt wird – den Vorgang „einstellt". Dies erscheint zulässig, weil die Übermittlung des Verdachts nach Art. 18 DSA noch keine Strafanzeige iSv § 158 Abs. 1 StPO darstellt, über welche nunmehr zwingend die zuständige Strafverfolgungsbehörde entscheiden müsste.

Auch Vorermittlung bei drohendem Beweismittelverlust?

Unklar erscheint, ob und inwiefern das BKA überschießende Vorermittlungen durchführen soll, d.h. Ermittlungen, die über das hinausgehen, was zur Ermittlung der örtlich zuständigen Strafverfolgungsbehörde erforderlich ist.

Wenn bspw. TikTok das Video eines (fremdgefährdenden) illegalen Autorennens am Kölner Dom übermittelt (zuständige Staatsanwaltschaft steht fest), soll das BKA dann auch noch schnell die (ggfs.) übermittelte Uploader-IP-Adresse beim Zugangsanbieter abgleichen lassen, um den Tatverdächtigen bzw. potenzielle Zeugen zu ermitteln? Praktisch wäre dies schon, z.B. um Beweismittelverlusten vorzubeugen.

Wieder lohnt ein Blick auf die Webseite der ZMI BKA, wo zu lesen ist:

> *„Die ZMI BKA … stellt nach Möglichkeit den mutmaßlichen Verfasser fest …"*

Für das Verständnis einer entsprechenden Aufgabe spricht auch die Gesetzesbegründung zum DDG-E (BT-Drs. 20/10031, S. 72):

> *„Durch die zentrale Entgegennahme … können Doppelarbeiten in den Ländern vermieden und zeitkritische Maßnahmen sofort ergriffen werden."*

Ob entsprechende Ermittlungen durch das BKA zulässig sind, erscheint fraglich.

Nach § 13 DDG-E erfolgt die weitere Datenverarbeitung im Rahmen der Aufgaben nach dem BKAG. Mangels Anpassung des BKAG müsste das BKA die etwaige Aufgabe zu (zeitkritischen) Vorermittlungen wohl mit der allgemeinen Zentralstellenfunktion nach § 2 Abs. 1 BKAG begründen, was ein extensives Verständnis der dortigen Unterstützungsfunktion voraussetzt (und wozu dann eine Klarstellung des Gesetzgebers durchaus wünschenswert wäre).

Fraglich bleibt, mit welchen Ermittlungsbefugnissen das BKA dann vorgehen soll. Auf die §§ 10, 10a BKAG könnte sich das BKA wohl nicht stützen (wegen der dortigen Zweckbeschränkung, „die zuständige Strafverfolgungsbehörde … zu ermitteln"). Und auch die allgemeine Befugnisnorm in § 2 Abs. 2 Nr. 1 BKAG („Informationen zu sammeln und auszuwerten") würde wohl überdehnt (vgl. insofern BT-Drs. 13/1550, S. 21 f.); hierauf gestützte „echte" Ermittlungen könnten zudem die gebotenen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.05.2020 – 1 BvR 1873/13 („Bestandsdatenauskunft II"), Rn. 204 ff.) Eingriffshürden der §§ 94 ff., 100j, 100k StPO umgehen.

450 Stellen für das BKA?

Heute sind ca. 39 Mitarbeiter:innen bei der ZMI BKA tätig. Künftig sollen es wegen § 13 DDG-E nun insgesamt 450 Stellen werden.

Schon die zugrundeliegende Schätzung zu jährlich 720.000 übermittelten Vorgängen (BT-Drs. 20/10031, S. 64) erscheint aber weit überzogen:

Hosting-Anbieter haben selten *Kenntnis* iSv Art. 18 DSA: Art. 18 DSA erfordert einen positiven Verdacht des Hosting-Anbieters. Erkenntnisse mittels Meldungen nach Art. 16 DSA können zwar zugerechnet werden, aber die automatisierte Content-Moderation (Filter) begründet wohl keine Kenntnis (Holznagel aaO Rn. 20 ff.), d.h.

löst auch keine Meldepflicht des Anbieters aus, weshalb die Anbieter schon mangels Kenntnis selten meldepflichtig werden.

Nur *schwere Straftaten*: Art. 18 DSA gilt nur bei Straftaten, die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person darstellen. Von Anhaltspunkten zu solch schweren Straftaten werden die Anbieter selten Kenntnis erlangen.

Bisherige *Empirik*: Art. 18 DSA ist für die sehr großen Online-Plattformen (Facebook, TikTok, usw.) längst anwendbar, nämlich seit August 2023 (vgl. Art. 92 DSA sowie hier). Anbieter leiten bereits Daten nach Art. 18 DSA aus: An Europol, aber u.a. auch an das BKA. Für 2023 wird von Fallzahlen im niedrigen dreistelligen (!) Bereich (d.h. weit unter den angenommenen 720.000) berichtet, davon ein Großteil Suizidversuche, die streng genommen gar nicht unter Art. 18 DSA fallen. Die sog. NCMEC-Zahlen (vgl. sog. Löschbericht der Bundesregierung 2021, S. 31) passen auch nicht als Grundlage für eine höhere Schätzung, da dort die Anbieter z.T. auch automatisiert aufgefundene Sachverhalte ausleiten.

Die im Gesetzentwurf geschätzte Prüfdauer von 60 Minuten pro Fall erscheint ebenso überhöht. Zum vergleichbaren § 3a NetzDG ging die Bundesregierung noch von im Regelfall 10 Minuten Prüfzeit aus (BT-Drs. 19/17741, S. 24).

Zusammenfassung

Art. 18 DSA ist eine disruptive Regelung. Der nun als nationale Begleitgesetzgebung vorgeschlagene § 13 DDG-E könnte das gesetzgeberische Ziel verfehlen, das BKA hier als effektive Zentralstelle für die Meldungen der Anbieter zu etablieren.

Insofern sollten Nachbesserungen geprüft werden:

Paketlösung und Abrufbefugnis: Soll das BKA nicht nur den Straftatenverdacht, sondern gleich – wie wohl sinnvoll – alle einschlägigen Informationen erhalten und abrufen können („Paketlösung"), sollte diese Aufgabe, und auch die entsprechende Befugnis klargestellt werden. Dies würde zugleich den Anbietern die erforderliche Rechtssicherheit vermitteln, damit sie „in einem Rutsch" (Paketlösung) alle Daten an das BKA ausleiten dürfen.

Vorermittlungen: Zur Aufgabe des BKA nach § 13 DDG-E sollte ferner konkretisiert werden, inwiefern auch zeitkritische Vorermittlungen erfolgen sollen. Insofern wären zugleich die Ermittlungsbefugnisse klarzustellen.

Realistische Stellenplanung: Mit 450 geplanten Stellen schätzt die BReg viel zu großzügig; dies sollte nach unten korrigiert werden.

Nikolas Eisentraut

Diskursraumschutz durch hochschulisches Ordnungsrecht

doi: 10.59704/d6d570ab1db1607e

Die Hochschulen waren von Beginn der bundesdeutschen Geschichte an Austragungsort politischer Konflikte. Ihre große Stärke liegt darin, ein Forum für die Versachlichung, wissenschaftliche Vertiefung und Reflexion dieser Konflikte zu bieten. Die Konflikte in den letzten Jahren haben jedoch plastisch gemacht, dass dieses Ideal eines wissenschaftlichen Forums kein Selbstläufer ist, sondern Steuerungsleistungen aller Organe der Hochschulen bedarf und häufig auch Präsidien und Rektorate in die Pflicht nimmt, Auseinandersetzungen zu begleiten, zu gestalten und *ultima ratio* auch Grenzen zu setzen.

In der Corona-Krise mussten sich die Hochschulen im gesellschaftlich aufgeheizten Klima als Ort des Differenzierens behaupten, an dem weiterhin eine kritische Perspektive auf die mitunter alternativlos erscheinenden und zu Recht in der Wissenschaft kontrovers diskutierten Corona-Maßnahmen geworfen werden konnte, ohne sich von Corona-Leugnern vor den Karren spannen zu lassen. Auch die Kontroversen um Genderforschung und fachspezifische Konzepte von Geschlechtlichkeit machten Steuerungsentscheidungen erforderlich, die zwischen dem scharf formulierten Vorwurf einer Cancel Culture einerseits und der Notwendigkeit, einen sicheren Diskursort zu schaffen, zu zerreiben drohten. Nun forciert der Krieg in Gaza und der ihn auslösende Überfall auf Israel durch die Hamas Konfliktlinien, die das Forum Hochschule neuerlich herausfordern. Im Zuge antisemitischer Vorfälle an verschiedenen Hochschulen ist eine Debatte darüber eröffnet worden, welche ordnungsrechtlichen Mittel den Hochschulen zur Verfügung stehen sollten, um den Diskursraum Hochschule zu schützen.

Governance zum Schutz der Wissenschafts- und Studierfreiheit

Das wertplurale Mit- und Nebeneinander hochschulischer Vielfalt erfordert dafür eine Governancestruktur, die es nicht allen notwendig Recht macht, aber die größtmöglichen Freiräume im Sinne der grundgesetzlich verbürgten Wissenschafts- und Studierfreiheit erhält und diese zugleich als „Safe Spaces“ vor diskursunterdrückender Gewalt schützt. Maßstab für den Diskursraum begrenzende Maßnahmen sind Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Studierfreiheit, außerdem die Meinungs- und Versammlungsfreiheit. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit geboten erscheint ein abgestuftes Governance-Konzept: Niedrigschwellig steht den Hochschulen die Möglichkeit interner Information durch Veranstaltungsformate wie Vorlesungen, Workshops und Diskussionsrunden zu. Daran knüpft das Instrument der Öffentlichkeitsarbeit, *in concreto* der Pressemitteilung an, die eine Stellungnahme der Hochschule nach außen kommuniziert: „Eine Hochschule kann richtigstellen, aufklären oder vor Gefahren warnen (…)“. Dass dies nicht grenzenlos möglich ist, stellte kürzlich das VG Berlin fest. Schärfer wirken Maßnahmen, die diskurslenkend oder sogar verhindernd wirken, etwa indem Veranstaltungen abgesagt werden. Noch weitergehend können Hochschulleitungen die persönliche Teilhabe und -nahme am Diskursraum Hochschule in der Regel auf Grundlage des Hausrechts der Hochschulen verhindern. Als *ultima ratio* stehen für Studierende die Exmatrikulation, für Hochschullehrende die Entfernung aus dem Beamten- bzw. Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis zur Verfügung.

Dünnes Berliner Hochschulgesetz zwischen Diskursraumschutz und Kriminalisierungsgefahr

Ein solchermaßen verstandenes und in Ansehung der grundrechtlichen Wertungen ausgestaltetes Ordnungsrecht verdient es durchaus, in den Hochschulgesetzen positiviert zu werden. Dennoch hat der Berliner Gesetzgeber das Ordnungsrecht über die Studierenden im Jahr 2021 in Berlin stark abgeschwächt. Möglich sind seither nur noch auf höchstens 3 Monate befristete Maßnahmen des Präsidiums gegen Störungen des geordneten Hochschul-

betriebs durch Studierende. Eine Exmatrikulation scheidet gänzlich aus, ungeachtet der Dimension der studentischen Verfehlung. Dieser Umstand überrascht insofern, als dass alle übrigen 15 Bundesländer jedenfalls die Möglichkeit einer Exmatrikulation vorsehen, häufig geknüpft an eine hochschulrelevante Straftat gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit. Der Gesetzentwurf sah auch für Berlin zunächst eine entsprechende Regelung vor, die aber mit Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wissenschaft und Forschung des Abgeordnetenhauses vom 16. August 2021 stark und ohne substantiierte Begründung ausgedünnt wurde. Die Berliner Änderung ging in der Debatte um die Entfristung von Postdoktorand:innen unter und fällt dem Bundesland jetzt medial auf die Füße, weil die Freie Universität Berlin in Anbetracht eines mutmaßlich antisemitischen gewalttätigen Übergriffs auch dann noch handlungsunfähig wirkt, wenn der mögliche „Strafrahmen" des dreimonatigen Hausverbots ausgereizt wird. Schon wird eine neuerliche Reform des BerlHG und eine Rückkehr des Ordnungsrechts mit Möglichkeit zur Exmatrikulation in Aussicht gestellt.

Dieser Aktionismus sollte aber nicht dazu führen, die grundrechtlichen Wertungen aus den Augen zu verlieren und den *status quo* zu „verschlimmbessern". Das Ordnungsrecht über die Studierenden ist in der rechtspolitischen Debatte auch deshalb nicht unumstritten, weil u.a. Studierendenvertretungen befürchten, dass über einen generalklauselartig gehaltenen Begriff des Ordnungsverstoßes legitime Formen des hochschulischen Diskurses „kriminalisiert" werden könnten. Für Hardliner etwa stellte sich womöglich die Frage, ob Hörsaalbesetzungen im Zuge der Klimadebatte nicht auch generalpräventiv mit gezielten Exmatrikulationen daran beteiligter Studierender begegnet werden könnte. Dieses Damoklesschwert hochschulischen Engagements kann nur eine grundrechtschonende und hinreichend bestimmte Fassung ordnungsrechtlicher Normen in den Landeshochschulgesetzen verhindern. Die Exmatrikulation konsequent an eine strafrechtliche Verurteilung zu knüpfen, erscheint insofern überzeugend, als sie die Hochschulen von der strafrechtlichen Bewertung entlastet, an ein rechtsstaatlich austariertes Verfahren anknüpft und damit die Studierfreiheit der Studierenden nicht über Gebühr beeinträchtigt.

Im Übrigen sollte der Berliner Senat eine klare normative Grundlage dafür schaffen, wie auf strafrechtlich nicht relevantes oder jedenfalls noch nicht abschließend beurteiltes Verhalten, das den Diskursraum Hochschule beschädigt oder zu beschädigen droht, adäquat reagiert werden kann. Eine Regelung wie aktuell in § 16 Abs. 2 BerlHG, die von nicht näher gefassten „Störungen des geordneten Hochschulbetriebs durch Studierende" spricht, ist genau das Gegenteil. Ordnungsmaßnahme sollte in diesen Fällen die zeitweise Ausschließung von hochschulischen Veranstaltungen oder dem Studienbetrieb in Gänze sein. Hochschulen sind dem überzeugenden Diskurs in der Rechtswissenschaft nach keine polizeifreien Räume, sodass die Hochschule entsprechende Anordnungen auch durchsetzen lassen kann. Die Eröffnung des Rechtswegs ermöglicht eine abschließende Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte. So urteilte das VG Köln zuletzt, dass ein anlässlich des Besuchs des israelischen Botschafters Ron Prosor ausgesprochenes Hausverbot gegen drei Studierende rechtswidrig war, obwohl diese auf Instagram einen Aufruf zum Boykott der Veranstaltung geliked bzw. die Parole „From the River to the Sea" verbreitet haben sollen. Dem Gericht genügten jedoch die Umstände nicht, um eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer konkreten Störung des Hausfriedens durch den Studierenden anzunehmen (VG Köln, Beschl. v. 12.01.2024, Az. 9 L 67/24; folgend OVG NRW, Az. 15 B 39/24). Das Gericht verlangt von der Hochschule vielmehr ein differenziertes Schutzkonzept für die Veranstaltung, das einerseits dem Recht des Studierenden auf Teilnahme gerecht wird, andererseits ein erforderlichenfalls notwendiges Unterbinden von Störungen möglich macht. Es ist zu wünschen, dass der Berliner Landesgesetzgeber nun einen Rahmen schafft, der adäquate Governancekonzepte der Hochschulen anregt, anstatt nur die Exmatrikulationskeule zu schwingen.

<

Mathias Hong

Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil I)

doi: 10.59704/ba29fe8fde631262

Das demokratische Haus in Deutschland brennt. Es ist höchste Zeit, die Instrumente der streitbaren Demokratie gegen Landesverbände der AfD einzusetzen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig sind, wie die in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Warum die Voraussetzungen für Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot dort vorliegen, und die Verfassungstreue es auch verlangt, diese Anträge zu stellen, werde ich in diesem dreiteiligen Beitrag[1] begründen (von dem Teil II und Teil III in den nächsten Tagen erscheinen werden).

Drei Thesen zu Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot und Verfassungstreue

1. Der Beitrag stellt drei Thesen zu Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot und Verfassungstreuepflicht auf:

Erstens sollte so schnell wie möglich beim Bundesverfassungsgericht ein Antrag auf Grundrechtsverwirkung mit Ausschluss von Wählbarkeit und Ämtern für einige herausgehobene Führungspersonen solcher Landesverbände gestellt werden. Einen solchen Antrag kann, neben Bundestag und Bundesregierung, jede[2] Landesregierung stellen.[3]

Zweitens sollten Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung[4] parallel dazu ein Parteiverbotsverfahren für diese Landesverbände vorbereiten und den ausgearbeiteten Antrag, nach Veröffentlichung, beim Bundesverfassungsgericht stellen.

Und drittens engt die Verfassungstreuepflicht nicht nur das politische Antragsermessen für solche Anträge um so stärker ein, je klarer ihre Voraussetzungen erfüllt sind, sondern verlangt auch von allen Amtsträger:innen, nicht zuletzt auch von der Staatsrechtslehre, sich stärker gegen diese Bedrohung der freiheitlichen Demokratie zu wenden, als das bislang vielfach geschieht. Die Verfassungstreue reduziert das Antragsermessen auf Null, wenn, wie hier, die Voraussetzungen hinreichend klar vorliegen und die zu erwartenden Nachteile die Vorteile eines Antrags jedenfalls nicht klar und eindeutig überwiegen.

In diesem Teil werde ich zunächst darlegen, warum eine Verwirkung mit Wählbarkeitsausschluss möglich ist und deren Voraussetzungen voraussichtlich auch erfüllt sind. Im zweiten Teil werde ich begründen, warum dies auch für ein Parteiverbot gilt, und dabei auch auf die Rolle der deutschen Staatsrechtslehre in der Debatte um einen „ethnischen" Volksbegriff eingehen. Der dritte Teil wird die Reduzierung des Antragsermessens und die weiteren Folgerungen aus der Verfassungstreuepflicht begründen.

2. Das Grundgesetz versteht Demokratie nicht als reine Mehrheitsherrschaft, sondern versucht einer Selbstabschaffung der Demokratie durch verfassungsvergessene Mehrheiten entgegenzuwirken. Es stellt dafür Instrumente der streitbaren Demokratie bereit und verpflichtet alle Amtsträger:innen dazu, die freiheitliche demokratische Grundordnung aktiv gegen populistische Bedrohungen zu verteidigen.

3. Im September könnte die AfD bei den Landtagswahlen in Thüringen, Sachsen und Brandenburg jeweils stärkste Kraft werden. In Umfragen steht sie dort derzeit bei etwa 30%. Das „wäre eine Erschütterung, wie sie die Bundesrepublik noch nie erlebt hat", so zu Recht Nicolas Richter in der Süddeutschen Zeitung. In der Frankfurter

[1] Für wertvolle Anregungen und Kritik danke ich Gertrude Lübbe-Wolff, Matthias Bäcker, Evin Dalkilic und Friedrich Zillessen.

[2] Ein Bezug des Antragsgegners gerade zum jeweiligen Bundesland ist dabei richtigerweise nicht erforderlich, siehe E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 549, Rn. 1249 (mwN).

[3] § 36 BVerfGG.

[4] § 43 I 1 BVerfGG. Landesregierungen können „den Antrag nur gegen eine Partei stellen, deren Organisation sich auf das Gebiet ihres Landes beschränkt" (§ 43 II BVerfGG), also nicht im Falle einer bundesweit agierenden Partei wie der AfD.

Allgemeinen Zeitung betont Justus Bender, ebenso richtig: „Was im deutschen Osten passiert, ist genau das, was 1949 verhindert werden sollte, als das Grundgesetz geschrieben wurde. […] Das ist der Ernstfall, keine Übung."

Auch wenn sich diese Umfrageergebnisse nicht realisieren sollten, bedrohen rechtsradikale Landesverbände der AfD Menschenwürde und Demokratie auch dann massiv, wenn sie „nur" über 10% der Stimmen erzielen, von den schon jetzt etwa in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt erreichten etwa 20% bis 27% ganz zu schweigen.

4. Die Enthüllungen von „Correctiv" am 10. Januar über dort vorgestellte Planungen zur Herbeiführung einer so genannten „Remigration" veranschaulichen diese Bedrohungslage.

Die spontanen Massendemonstrationen gegen den Rechtsextremismus, die dieser Bericht ausgelöst hat, machen Hoffnung. Es ist aber zu befürchten, dass sie, trotz ihrer offenbar über 1,6 Millionen Teilnehmenden allein bis Ende Januar, jene um die 30% kaum oder gar nicht beeindrucken werden, die nach Umfragen weiterhin im Herbst für deutlich rechtsradikal ausgerichtete AfD-Landesverbände stimmen wollen.

Ethnischer Volksbegriff und Potsdamer Treffen zur „Remigration"

5. Eine wesentliche Grundlage für den Vorwurf der Verfassungsfeindlichkeit rechtsradikaler Landesverbände der AfD ist, dass sie ein mit Menschenwürde und Demokratieprinzip unvereinbares ethnisches Volksverständnis vertreten, das nach Abstammung zwischen Deutschen erster und zweiter Klasse, nämlich mit und ohne Migrationshintergrund, unterscheidet.

Nach dem „Correctiv"-Bericht vom 10. Januar sollen bei dem geheimen Treffen von Rechtsextremen am Lehnitzsee in Potsdam im November auch hochrangige AfD-Politiker anwesend gewesen sein, nämlich der AfD-Co-Fraktionsvorsitzende von Sachsen-Anhalt, Ulrich Siegmund, und der damalige persönliche Referent von Alice Weidel (der Bundessprecherin der AfD und Co-Vorsitzenden der Bundestagsfraktion), dessen Vertragsverhältnis allerdings wenige Tage nach dem Bericht aufgelöst wurde, angeblich aus davon unabhängigen Gründen. Auch ein weiterer Teilnehmer, der Sohn des Veranstalters Mörig, soll für den Bundesvorstand der AfD (für die Strategie in den sozialen Medien) gearbeitet haben und aus dem Budget der Bundessprecherin bezahlt worden sein (bevor auch dieses Beschäftigungsverhältnis im Anschluss an die Berichte beendet wurde).

Der Rechtsextreme Martin Sellner, Mitgründer und langjähriger Sprecher der „Identitären Bewegung Österreich" soll bei diesem Treffen Pläne zur Herbeiführung einer massenhaften „Remigration" vorgestellt haben. In rechtsextremistischen Kreisen sind mit diesem beschönigenden Schlagwort häufig Gegenmaßnahmen zu einem so genannten „Großen Austausch" der Bevölkerung gemeint, den nach dieser Verschwörungserzählung die politischen Eliten durch Einwanderung gezielt herbeiführen wollen.

6. Verfassungsrechtlich bedeutsamer als dieses einzelne Treffen, das für den Befund der Verfassungsfeindlichkeit freilich ein wichtiges Puzzlestück sein kann, ist womöglich die Reaktion der AfD-Fraktionsvorsitzenden der fünf ostdeutschen Bundesländer darauf.

In einer gemeinsamen Erklärung vom 15. Januar unter dem Titel „Stellungnahme der Fraktionsvorsitzenden Ost zur Remigration" heißt es unter anderem: „Remigration ist das Gebot der Stunde.", und: „Deutschland muss wieder deutscher werden."

Zwar wird dort eine „großangelegte Rückführungsinitiative" nur für „illegale Einwanderer" versprochen, aber es ist zugleich auch von „Anreize[n]" die Rede, „nichtintegrierten Migranten" die „Heimkehr zu ermöglichen".

Im Kontext des Correctiv-Berichts ist die Strategie deutlich. Das unter Rechtsextremen geläufige Schlagwort der „Remigration", das für einen ethnischen Volksbegriff gerade offen ist,[5] wird von diesen Fraktionsvorsitzenden affirmiert, und soll, gerade ungeachtet seiner Mehrdeutigkeit, offenbar offensiv im Wahlkampf eingesetzt werden.

Auch ein Positionspapier des Bundesvorstands der AfD vom 31. Januar bekräftigt den Begriff, unter Bezugnahme auf seine Verwendung schon im Bundestagswahlprogramm 2021 und auch im Europawahlprogramm von 2024, und „definiert" ihn als auf eine gesetzeskonforme „Rückführung ausreisepflichtiger Ausländer" bezogen. Er wiederholt zwar die (auch schon 2021 offiziell bekundete) Beteuerung, dass „die AfD" keineswegs zwischen deutschen Staatsangehörigen mit und ohne Migrationshintergrund unterscheide. Auch dort werden frei-

[5] Vgl. VG Köln, Urt. v. 8.3.2022, 13 K 326/21, Rn. 330 f., 347 f., 699-701.

lich (nur) die „vielen gut integrierten Bürger mit Migrationshintergrund“ als „uns willkommen“ bezeichnet, was offenlässt, was das Papier von den aus seiner Sicht nicht gut integrierten Deutschen hält.

Massenaufruf „Höcke stoppen!“

7. Zunächst zur ersten These: Beim Bundesverfassungsgericht sollte so rasch wie möglich eine Grundrechtsverwirkung mit Ausschluss von Wählbarkeit und Amtsfähigkeit für verfassungsfeindliche Führungspersonen der AfD beantragt werden.

Für Björn Höcke, den Fraktionsvorsitzenden der AfD in Thüringen verlangen das offenbar auch mehr als 1,6 Millionen Menschen, die laut Campact den Aufruf „Höcke stoppen!“ unterstützten.

In diesem Teil des Beitrags werde ich zunächst untersuchen, ob ein solcher Ausschluss von Wahlen und Ämtern tatsächlich möglich ist und ob die Voraussetzungen für eine Verwirkung auch vorliegen.

Wer bestimmte Grundrechte, wie die Meinungsfreiheit, „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht“, „verwirkt“ sie, sagt Art. 18 Satz 1 GG. „Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.“, sagt Satz 2. Das Gericht kann die Verwirkung „auf einen bestimmten Zeitraum, mindestens auf ein Jahr, befristen“, wie § 39 I 2 BVerfGG bestimmt. Nach zwei Jahren kann es sie auf Antrag wieder aufheben oder abkürzen (§ 40 S. 1 BVerfGG).

8. Die Verwirkung selbst bedeutet noch kein[6] Verbot der Grundrechtsausübung. Aber § 39 I 3 BVerfGG ermächtigt das Gericht außerdem dazu, „nach Art und Dauer genau bezeichnete Beschränkungen auf[zu]erlegen, soweit sie nicht andere als die verwirkten Grundrechte beeinträchtigen“.

Das Gericht könnte also etwa für einige Jahre die Ausübung der Meinungsfreiheit zur Teilhabe an der öffentlichen Willensbildung, insbesondere zur Unterstützung politischer Parteien, untersagen. Den Anforderungen des für solche Beschränkungen weiterhin geltenden[7] Parlamentsvorbehalts genügt dies – jedenfalls für gerichtliche Beschränkungen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit nach § 39 I 3 BVerfGG – noch, wenn man die besondere prozedurale und demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts in Rechnung stellt.[8]

Verfassungsmäßigkeit der Aberkennung der Wählbarkeit und des Amtsausschlusses

9. Die Befugnis, „auf die Dauer der Verwirkung“ auch „die Wählbarkeit und die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ab[zu]erkennen“, begründet § 39 II BVerfGG.

Das erstreckt nicht die Verwirkung selbst auf die Rechte aus Art. 38 I, II und Art. 33 II GG, sondern ist eine eigenständige Beschränkung, die durch Art. 33 II (Eignung), Art. 38 III GG,[9] sowie kompetenziell durch Art. 94 II 1 GG,[10] abgedeckt und verfassungsgemäß ist.[11]

Aber auch wenn man diese Rechte als verwirkungsgleich mitbetroffen sehen wollte, können Einschränkungsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 39 I 3 BVerfGG auch „notwendigerweise mit dem aberkannten Grundrecht zusammenhängende“ Grundrechte mitbetreffen, etwa wenn das Gericht ein Verbot der Ausübung der Pressefreiheit für einen Verleger erlas-

[6] So zutr. etwa Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 8. Anderer Auffassung Pagenkopf, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 13 („Verbot der Grundrechtsausübung“); Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 23.

[7] So etwa auch E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 552 f., Rn. 1239; anderer Ansicht etwa Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 71.

[8] Siehe i.Erg. auch E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 552 f., Rn. 1239; mit guten Gründen kritisch für die wesentlich problematischere Behördenermächtigung durch § 39 I 4 BVerfGG (ohne Stellungnahme zu § 39 I 3 BVerfGG): Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 21.

[9] Vgl. von Coelln, Verfassungsblog v. 24.1.2024, Text bei Fn. 16; Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 69.

[10] Vgl. den Verweis auf Art. 94 II 1 GG (für § 39 I 3, 4 BVerfGG) bei Barczak, in: Dreier/Brosius-Gersdorf, GG, Band I, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 59; mit Blick auf § 39 I 4 BVerfGG insoweit kritisch Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 21.

[11] Zur Gegenauffassung vgl. etwa Butzer, in: Hillgruber/Epping, BeckOK GG, Art. 18 (Stand 15.8.2023) Rn. 14.1, mwN.

[12] Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 45-48 („Ausstrahlung“; wobei diese Ausstrahlung auf notwendig mitbetroffene, aber nicht in Art. 18 GG genannte Grundrechte nicht zu verwechseln ist mit der teils ebenfalls mit diesem Begriff bezeichneten, der Identitätstheorie entgegengesetzten These, dass auch nicht zum Kampfe gegen die Grund-

sen und damit dessen Berufsfreiheit notwendig mitbeschränken würde.[12] Denn: „Die Tatsache der Überlagerung des Bereiches verschiedener Grundrechte darf [...] nicht dazu führen, daß der von Art. 18 GG gewollte Schutz der Grundordnung überhaupt nicht durchgesetzt wird." (BVerfGE 25, 88 [97]). Das gilt nur dann nicht, wenn „der mitbetroffene Grundrechtsbereich [...] gegenüber dem beabsichtigten Schutz des Staates vorrangig" ist (ibid.) – was insbesondere den unverwirkbaren Menschenwürdegehalt der Grundrechte[13] betreffen muss.

10. Das passive Wahlrecht aus Art. 38 I, II GG ist, auch wenn man es durch § 39 II BVerfGG verwirkungsgleich mitbetroffen sehen wollte, jedenfalls ein solches notwendigerweise mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zusammenhängendes Grundrecht, insofern es gerade auch beinhaltet, dass allen Wahlbewerbenden „die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und Wahlverfahren und damit gleiche Chancen im Wettbewerb um die Wählerstimmen offenstehen müssen" (vgl. BVerfGE 156, 224 [Rn. 57]).

Einem Parteikandidaten die Ausübung von Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu politischen Zwecken zu untersagen, ihm aber zugleich über das passive Wahlrecht weiter die Wahlkampfteilnahme zu ermöglichen, würde dem Schutzzweck des Art. 18 GG genauso zuwiderlaufen, wie es ihn aushebeln würde, wenn ein Verleger, dem die Pressefreiheit aberkannt wurde, sich gegen die Untersagung seiner Verlagstätigkeit auf die Berufsfreiheit berufen könnte.

Weil es Wählbarkeit ohne Wahlkampfmöglichkeit nicht geben kann – ein Kandidat, der nicht sprechen darf, ist eine absurde Vorstellung – muss Sprechenverbietenkönnen auch Wählbarkeitverbietenkönnen einschließen.

Ein vergleichbar enger Zusammenhang besteht auch zwischen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit und der Amtsfähigkeit aus Art. 33 II GG.[14] Auch wenn amtliche Äußerungen formell nicht in Ausübung der Meinungsfreiheit erfolgen, würde ein auf § 39 I 3 BVerfGG gestütztes Verbot der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung ad absurdum geführt, wenn die betroffene Person ihren Kampf gegen die Grundordnung sogar durch (dem Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot widersprechende) amtliche Verlautbarungen fortsetzen könnte.

EMRK, Charta der Grundrechte und Landesgrundrechte stehen nicht entgegen

11. Ein Verwirkungsausspruch lässt die Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ebenso unberührt wie die Landesgrundrechte, die mit von Coelln ebenfalls als fortgeltend anzusehen sind.

Jedoch stehen diese Rechte Beschränkungsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts nach § 39 I 3 BVerfGG oder einem Wählbarkeits- und Amtsausschluss nach § 39 II BVerfGG im Ergebnis nicht entgegen.

Für die Menschenrechtskonvention folgt dies nicht zuletzt aus der Missbrauchsklausel des Art. 17 EMRK, die traditionell expansiv interpretiert wird, und zwar insbesondere gegen Rechtsextreme (dazu näher hier), für die Charta aus der Parallelregelung des Art. 54 GrCH. Soweit in Beschränkungsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts also ein Eingriff liegt (bei Art. 17 EMRK wird das teils schon verneint), wird dieser regelmäßig gerechtfertigt sein (zum Parteiverbot vgl. auch die eingehende Prüfung in BVerfGE 144, 20 [Rn. 607-626][15]).

Dass auch die Landesgrundrechte Beschränkungsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts nicht entgegen stehen können, folgt daraus, dass solche bundesrechtlichen Anordnungen nach Art. 31 GG entgegenstehendes Landesrecht brechen, wofür erneut auf von Coelln verwiesen sei.[16]

ordnung missbrauchte Grundrechte, die aber in Art. 18 GG genannt sind, für verwirkt erklärt werden können).

[13] Siehe zur Unverwirkbarkeit der grundrechtlichen Menschenwürdegehalte: Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 54, 57; Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 609 f.

[14] Vgl. auch Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 39 Rn. 4 („unauflösbarer sachlicher Zusammenhang" zwischen Meinungsfreiheit und „etwa der Übernahme öffentlicher Ämter").

[15] Siehe auch die Einschätzung von Lübbe-Wolff (Verfassungsblog v. 13.10.2023): Dass der EGMR „sich quergestellt und ausgerechnet dem deutschen Bundesverfassungsgericht einen Menschenrechtsverstoß bescheinigt hätte, wenn es die NPD für verfassungswidrig erklärt und damit verboten hätte, halte ich für vollkommen ausgeschlossen".

[16] Für die Gegenauffassung, nach der die Landesgrundrechte bereits durch die Verwirkungsentscheidung verdrängt werden s. nur Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 39 Rn. 8 (mit Fn. 38, der aber zu Recht festhält, dass der Streit „eher theoretisch bleibt", wenn man, wie hier, mit von Coelln einen Vorrang der Beschränkungsanordnung über Art. 31 GG annimmt).

Verwirkung auch wegen individueller Äußerungen für die Partei möglich - insoweit keine Spezialität von Art. 21 GG

12. Art. 18 GG ist gerade auch auf individuelle Parteiaktivitäten anwendbar und ergänzt insoweit das Parteiverbot aus Art. 21 II GG. Das Parteienprivileg, das rechtliche Nachteile für eine Partei ausschließt, solange sie nicht vom Bundesverfassungsgericht verboten wurde, schließt keinen an den individuellen Meinungskampf für eine Partei anknüpfenden Verwirkungsausspruch durch das Bundesverfassungsgericht selbst aus.

Es würde dem historischen Sinn und Zweck des Art. 18 GG, ein Instrument streitbarer Demokratie zu sein, diametral zuwiderlaufen, wenn er ausgerechnet auf die gefährlichsten Verfassungsfeinde, nämlich diejenigen in hohen Parteiämtern, praktisch nicht anwendbar wäre, sondern deren kommunikative Aktivitäten allein mit einem Verbot der Partei als Ganzes bekämpft werden könnten. Art. 18 GG ist deshalb, insoweit entgegen von Coelln (und anderen), gerade auch auf die individuelle Agitation für die Partei anwendbar.[17]

Die Gegenposition scheint teils auf ein Missverständnis von Aussagen aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sperrwirkung des Parteienprivilegs für (alle) anderen Träger von Hoheitsgewalt zurückzugehen. Diesen Entscheidungen[18] lässt sich jedoch eine Spezialität auch im Verhältnis zu Art. 18 GG, also gegenüber dem Bundesverfassungsgericht selbst gerade nicht entnehmen, soweit es nicht gegen die Partei als solche vorgeht, sondern gegen individuelle Aktivitäten für sie.[19] „Das Parteienprivileg ist", wie Lübbe-Wolff zu Recht betont, „kein prinzipieller Freibrief für individuelle verfassungsfeindliche Umtriebe".

Individuelle Gefährlichkeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung

13. Die Verwirkung setzt voraus, dass das jeweilige[20] Grundrecht „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht" wird. Das begründet keine eigenständige Kategorie des Grundrechtsmissbrauchs, sondern qualifiziert allein den Einsatz eines Grundrechts zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung als Missbrauch.[21]

Missbräuchlicher Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung in diesem Sinne ist die bewusste Herbeiführung einer Gefahr für sie (vgl. BVerfGE 38, 23 [24]). Entsprechend dem Potentialitätskriterium für Art. 21 II GG muss es insofern maßgeblich darauf ankommen, ob es zumindest möglich erscheint, dass verfassungsfeindliche Absichten, insbesondere durch Erlangung politischer Macht, auch umgesetzt werden können.[22]

Die bisherigen vier Verwirkungsverfahren scheiterten jeweils an der unzureichenden Darlegung einer solchen

[17] Wie hier s. etwa Vöneky, in: Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum GG, Art. 18 (Bearb. 2016) Rn. 112; wohl auch Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 26 (wenn dort mit der „individuellen politischen Agitation" auch solche zur Unterstützung der Partei gemeint ist).

[18] Etwa BVerfGE 12, 396 (305 ff.); 17, 155 (166 f.); 47, 130 (139 ff.); 63, 266 (286, 293 ff.).

[19] So aber offenbar etwa Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 74 f.; Krebs/Kotzur, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 28; Dürig/Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 18 (Bearb. 2017) Rn. 120, die jeweils auf diese, insoweit gerade unergiebige, Rspr. verweisen.

[20] Es wird hier also der, von Wortlaut und Systematik nahegelegten, „Identitätslehre" gefolgt, nach der nur das jeweils missbrauchte Grundrecht verwirkt wird, zur Gegenauffassung, nach der der Missbrauch eines Grundrechts auch zur Verwirkung anderer (in Art. 18 GG genannter) Grundrechte führen kann, s. nur E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 551, Rn. 1237; Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 39 Rn. 4; jeweils mwN.

[21] Vgl. zur Debatte auch Pagenkopf, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 18 Rn. 11 (zwar eigenständiges Merkmal, aber enger Zusammenhang zum verfassungsfeindlichen Kampf).

[22] Vgl. auch Vöneky, in: Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum GG, Art. 18 (Bearb. 2016) Rn. 50 (die weniger als eine konkrete Gefahr im polizeirechtlichen Sinne, also eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit) verlangt; Barczak, in: Dreier/Brosius-Gersdorf, GG, Band I, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 47 (es bedarf keiner „konkretisierten Gefährdung"), 48 („analog" zum Parteiverbot reiche die „grundsätzliche Möglichkeit" der Zielerreichung im Sinne eines „Potentialitätserfordernis[ses]"); Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 12 (Potentialitätserfordernis, bei dem ein Erfolg „jedenfalls möglich erscheinen" müsse; „analoges [⋯] wie im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG". Auch Auch Lübbe-Wolff (Verfassungsblog v. 13.10.2023) geht von einem „Potentialitätskriterium "parallel zum Parteiverbot aus, das „ungeachtet des hier wohl untechnisch verwendeten Terminus der ‚Gefahr' nicht so verstanden werden" könne, „dass es inhaltlich anspruchsvoller ist".

[23] E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 547, Rn. 1226; s. aber auch Vöneky, Art. 18 (Bearb. 2016)

individuellen Gefährlichkeit schon im Vorverfahren nach § 37 BVerfGG.[23] Das gilt nicht nur für die Entscheidungen zum Zweiten Vorsitzenden der SRP, Otto Ernst Remer (1960)[24] und zu Gerhard Frey (1974),[25] sondern auch für die zu den Rechtsextremen Dienel und Reisz (1996).[26]

Anders als bei den bisherigen Verfahren kann an einer solchen potentialitätsbegründenden Gefährlichkeit für herausgehobene Führungspersonen in den radikalen Landesverbänden der AfD aber kaum ein Zweifel bestehen. Das ergibt sich allein schon aus ihrer parlamentarischen Machtbasis in Gestalt von bis zu etwa einem Fünftel der Landtagsmandate.

Jedenfalls bei organisatorischer Machtbasis keine rechtswidrigen oder strafbaren Äußerungen erforderlich - das NPD-Urteil von 2017 als „Blaupause"

14. Wegen der präventiven Ausrichtung der Instrumente der streitbaren Demokratie setzt die erforderliche Gefährlichkeit jedenfalls nicht immer ein rechtswidriges oder gar strafbares Verhalten voraus.

Soweit Möllers annimmt, das Gefährdungserfordernis klinge nach einem Erfordernis von Straftaten, lässt dies die offenkundigen Parallelen zum Parteiverbot unberücksichtigt. Die Gefährlichkeit im Sinne des Art. 18 GG wird zu Recht analog zur Potentialität bei Art. 21 II und III GG gedeutet:[27] Es muss ausreichen, wenn es zumindest möglich erscheint, dass gegen die Grundordnung kämpfende Verfassungsfeinde ihre Zielsetzungen auch in die Tat umsetzen können.

Schon im grundlegenden NPD-Urteil von 2017 hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht betont, dass eine Partei „auch dann verfassungswidrig sein" kann, „wenn sie ihre verfassungsfeindlichen Ziele ausschließlich mit legalen Mitteln und unter Ausschluss jeglicher Gewaltanwendung verfolgt" (BVerfGE 144, 20 [Rn. 578]).[28] Auch eine mit ausschließlich legalen Mitteln vorgehende Partei kann danach verfassungswidrig sein. Denn, so das Gericht, das Parteiverbot stellt „gerade auch eine Reaktion auf die von den Nationalsozialisten verfolgte Taktik der ‚legalen Revolution' dar, die die Machterlangung mit erlaubten Mitteln auf legalem Weg anstrebte" (578).

Das gerade ergangene Urteil zur NPD/Heimat-Finanzierung bekräftigt dies zu Recht (Rn. 281), wie auch ganz generell die schon 2017 entwickelten Maßstäbe. Nicht erst das neue Urteil ist deshalb eine Blaupause für den Umgang mit der AfD. Die Blaupause ist schon das NPD-Urteil von 2017 – und zwar für einen Antrag auf ein Verbot, nicht auf einen bloßen Finanzierungsausschluss (der aufgrund der bis auf die Potentialität identischen Voraussetzungen alle Nachteile des Verbotsverfahrens, ohne seine Vorteile hätte).

Für die Verwirkung mag man für die Begründung der erforderlichen Gefährlichkeit verbietbare oder sogar strafbare Äußerungen verlangen, soweit es um Personen geht, die über keinerlei sonstige organisatorische Machtbasis verfügen, um die Balance zur Meinungsfreiheit nicht zu gefährden.

Rn. 145 (mit Fn. 261).

[24] BVerfGE 11, 282 (283) –Zweiter SRP-Vorsitzender (1960) (der Antragsgegner habe sich, nachdem eine Verurteilung zu 5 Monaten Freiheitsstrafe für verfassungsfeindliche Reden „zum größten Teil verbüßt" wurde, laut Bundesdisziplinarhof „aus dem politischen Leben völlig zurückgezogen"; die Bundesregierung habe auch „auf Anfragen des Gerichts" hin keine neuen Tatsachen vorgetragen); zu Remers gleichwohl offenbar durchaus fortbestehender Gefährlichkeit s. Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 4 Fn. 24 (wonach Remer bis zu seinem Tod 1997 „noch mehrmals wegen verschiedenen Äußerungsdelikten verurteilt" wurde und 1994 vor einer drohenden längeren Freiheitsstrafe nach Spanien flüchtete).

[25] BVerfGE 38, 23 (24 f.) –Verwirkungsverfahren Frey (1974) (Gefährlichkeit „nicht dargetan; offensichtlich ist sie hier nicht"; es habe sich „immer deutlicher abgezeichnet", dass die Deutsche National-Zeitung keine „in Betracht kommende, politisch bedeutsame Resonanz mehr" finde; die Bundesregierung habe darauf verzichtet, neue Tatsachen vorzutragen) (s. auch BVerfGE 38, 347).

[26] BVerfG, Beschl. v. 18.7.1996, 2 BvA 1/92 und 2 BvA 2/92 (juris). Dieser Beschluss erging zwar ohne Begründung (§ 24 S. 2 BVerfGG). Er wurde aber bemerkenswerterweise offenbar von einer Pressemitteilung begleitet, die erläuterte, dass eine fortbestehende Gefährlichkeit der Antragsgegner nicht hinreichend begründet worden war, da Strafgerichte die Freiheitsstrafen gegen die Antragsgegner „jeweils zur Bewährung" ausgesetzt und dabei „nach eingehender Würdigung die Erwartung für berechtigt gehalten" hatten, „daß die Antragsgegner ihre rechtsextremistische Gesinnung in Zukunft nicht mehr kämpferisch vertreten" werden.

[27] Siehe die Nachweise oben in Fn. 22.

[28] Bekräftigend: BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 281. Zur Verwirkung siehe insbesondere auch das (zustimmende) Sondervotum Simon zu BVerfGE 63, 266 (juris Rn. 72 [89]), das ausdrücklich davon ausgeht, dass der „Tatbestand" des Art. 18 GG (auch) die „straflose Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung" erfasst.

Jedenfalls wenn aber Personen im Rahmen von Vereinigungen oder Parteien organisiert und dort in herausgehobenen Führungspositionen tätig sind, so dass sich ihre individuelle Gefährlichkeit gerade auch aus der Verbindung ihres individuellen Verhaltens mit diesen verbandsmäßigen Wirkungsmöglichkeiten ergibt, muss auch hier eine Strategie der Machterlangung mit legalen Mitteln miterfasst sein. Das wird man ohne weiteres jedenfalls bei Vorsitzenden von Fraktionen in den Volksvertretungen der Länder bejahen müssen, die dort über ein Zehntel oder mehr der Mandate verfügen.

Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit - aber nur in den Grenzen der „militant democracy" (Löwenstein)

15. Der Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung kann also gerade auch mit dem demokratischsten und legalsten aller Mittel geführt werden: der Teilhabe an der freien öffentlichen Meinungsbildung. Das Grundgesetz gewährt die Meinungsfreiheit zwar „grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit" (vgl. BVerfGE 124, 300 [330]). Es balanciert diese grundsätzliche Freiheitsgewähr aber aus durch die Möglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts, mit Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot gegen diese Feinde einzuschreiten (vgl. nochmals BVerfGE 124, 300 [330]) .

Als Geistesfreiheit wird Meinungsfreiheit unabhängig von der Gesinnung, also auch für Verfassungsfeinde, geschützt: Auch ihre Meinungen dürfen niemals schon als solche unterdrückt werden. Auch Rassismus, Sexismus und ja, sogar Antisemitismus werden geschützt und dürfen nicht allein schon deshalb als Gesinnung mit den Mitteln des Rechtszwangs unterdrückt werden, weil sie von der Mehrheit, zum Glück, noch abgelehnt werden, wie es die Demonstrationen der letzten Wochenenden so eindrucksvoll gezeigt haben.

Das Grundgesetz vertraut zwar im Kampf gegen solche Meinungen grundsätzlich auf die Kraft des freien Diskurses (vgl. BVerfGE 124, 300 [320]). Es rechnet aber, aus der bitteren Erfahrung des Nationalsozialismus heraus, zugleich auch damit, dass die Demokratie unter ungünstigen Bedingungen auch zum Selbstmord in der Lage sein kann. Es lässt deshalb „die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten politischen Meinungsäußerungen nur soweit zu", als diese Grundordnung „dabei nicht selbst gefährdet wird" (BVerfGE 10, 118 [123]).[29]

Wird diese Gefährdungsschwelle aber erreicht, dann konkretisiert gerade auch Art. 18 GG „das Grundanliegen einer Verfassung, die sich nicht durch den Missbrauch der von ihr gewährleisteten Freiheitsrechte zur Disposition stellen lassen will und mit gleicher Entschiedenheit der Verächtlichmachung und Herabwürdigung von Menschen oder Gruppen von Menschen entgegentritt (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG)" (vgl. BVerfGE 107, 339 [388]).[30]

Wenn die Bedingungen der freien Debatte selbst dadurch untergraben werden, dass sich ihnen widersprechende Positionen durchzusetzen drohen, dann kann dieser Gefahr für die Demokratie auch durch Einschränkungen des freien Diskurses selbst entgegentreten werden.

Das ist die Idee der „militant democracy", wie Karl Löwenstein sie 1937 im Exil entwickelte, einer streitbaren oder wehrhaften Demokratie (vgl. BVerfGE 144, 20 [Rn. 418]), oder, wie Steinke übersetzt: der kampfbereiten Demokratie. Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine solche streitbare Demokratie darf zwar nicht schon als gegen Meinungen als solche gerichtet,[31] und auch nicht als eine „unspezifische, pauschale Eingriffsermächtigung missverstanden werden" (vgl. BVerfGE 134, 141 [Rn. 114]). Sie muss jedoch die Auslegung der sie abschließend konkretisierenden Verfassungsbestimmungen prägen, insbesondere der „Normentrias" aus Vereinsverbot, Verwirkung und Parteiverbot als „Kernbestandteilen des präventiven Verfas-

[29] Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 9.

[30] So die nicht tragende Meinung der vier Richter Sommer, Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, in der Entscheidung zur Verfahrenseinstellung des ersten NPD-Verbotsverfahrens (die aufgrund des Erfordernisses einer Zweidrittelmehrheit für die nachteilige Entscheidung einer Ablehnung der Einstellung nach § 15 IV BVerfGG von den Richtern Hassemer und Broß und der Richterin Osterloh getragen wurde).

[31] Löwenstein (= Loewenstein), Militant Democracy and Fundamental Rights, The American Political Science Review 31 (1937), 417-432 und 638-658 (s. bes. 423 f., 431 f.; er betonte, dass Parteiverbotsregelungen in der Regel kein Sonderrecht waren, 646, und verwies z.B. auf Uniform- und Milizverbote, 652-654: „Perhaps the thorniest problem [...] is that of curbing the freedom of public opinion, speech, and press [...]"; the „armory of fascist technique includes the more subtle weapons of vilifying, defaming, slandering, and last but not least, ridiculing"; „the border-line between unlawful slander and justified criticism" is „exceedingly dim").

sungsschutzes“ (BVerfGE 144, 20 [Rn. 425]).

„Wehret den Anfängen“: präventiver Verfassungsschutz durch Parteiverbot und Verwirkung

16. Das Bundesverfassungsgericht hat im NPD-Urteil dementsprechend zahlreiche Äußerungen aus der NPD herangezogen, und zwar ausdrücklich auch unabhängig von ihrer individuellen Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit.[32]

Das Parteiverbot zielt danach darauf, „nach der Maxime ‚Wehret den Anfängen‘ frühzeitig die Möglichkeit des Vorgehens gegen verfassungsfeindliche Parteien zu eröffnen“ (vgl. BVerfGE 144, 20 [Rn. 484). Für die Verwirkung kann nichts anderes gelten, zählt das Urteil sie doch, wie gesagt, ausdrücklich ebenso „zu den Kernbestandteilen präventiven Verfassungsschutzes“ (425).

Die hohen Anforderungen, die für die Beurteilung einer individuellen Äußerung als menschenwürdewidrig zu Recht dann gelten, wenn dies ihre individuelle Untersagung oder Sanktionierung rechtfertigen soll,[33] sind danach nicht in Anschlag zu bringen, wenn die Unvereinbarkeit mit der gleichen Würde aller als Indiz für das Überschreiten der Gefährdungsschwelle bei der Verwirkung oder der Potentialitätsschwelle beim Parteiverbot herangezogen werden soll.

17. So können diskriminierende Äußerungen, die mit der Menschenwürde inhaltlich unvereinbar sind, insbesondere auch gegen alle Angehörigen von unüberschaubar großen Gruppen gerichtet sein. Obwohl eine Strafsanktion nach der Soldaten-Rechtsprechung für solche einzelnen Äußerungen dann unverhältnismäßig wäre (BVerfGE 93, 266 [301 f.]), kann das Bundesverfassungsgericht – und nur das Bundesverfassungsgericht – darauf eine Grundrechtsverwirkung stützen, wenn sie zusammengenommen eine individuelle Gefährlichkeit begründen, oder ein Parteiverbot, wenn die Partei die Potentialitätsschwelle erreicht, also eine künftige Machtbeteiligung zumindest möglich erscheint.

18. Solche Äußerungen dagegen nicht auch schon individuell für bestrafbar oder verbietbar zu halten, bedeutet keinen Widerspruch, wie Nettesheim meint, sondern lediglich eine stärkere Deutung der Meinungsfreiheit.

Widersprüchlich ist es vielmehr umgekehrt (entgegen seiner kaum überzeugenden funktionalen Abgrenzungsversuche), rechtsextreme Meinungen (zu Unrecht) schon als solche für individuell bestrafbar oder verbietbar zu halten, aber nicht (erst Recht) auch für Parteiverbote und Grundrechtsverwirkung einzutreten. Das müssten konsequenterweise auch diejenigen tun, die Versammlungen von Rechtsextremen (wiederum: zu Unrecht)[34] sogar schon wegen ihres Inhalts als unvereinbar mit der öffentlichen Ordnung ansehen.

Menschenwürdewidrigkeit auf rassistische (und vergleichbare) Diskriminierung zielender Konzepte

19. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist in Art. 18 GG derselbe wie in Art. 21 II GG. Für letzteren hat das Bundesverfassungsgericht ihn im NPD-Urteil von 2017 gegenüber früheren Definitionen eingeengt. Die weitergehenden Formulierungen aus dem KPD-Urteil werden im NPD-Urteil zwar dargestellt, aber anschließend gerade durch eine Neubestimmung ersetzt. Der Begriff ist danach zu beschränken „auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“ (535).

Was ist schlechthin unentbehrlich in diesem Sinne? Genau drei Dinge: Menschenwürde, Demokratie und wesentliche Elemente des Rechtsstaatsprinzips. Zur Grundordnung gehören danach von vornherein nur noch diese drei Verfassungsgrundsätze und vom Rechtsstaatsgrundsatz auch nur zentrale Elemente, nämlich wiederum genau drei: Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, Kontrolle durch unabhängige Gerichte und staatliches Gewaltmonopol (547).

„Menschenwürde ist egalitär“, wie das Urteil betont, gilt also „unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht“ (541). Mit ihr sind „daher ein rechtlich abgewerteter Status oder demütigende Ungleichbehandlungen nicht vereinbar“, und zwar „insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen“, die sich „jedenfalls als Konkretisierung der

[32] BVerfGE 144, 20 (Rn. 635 ff., 698 ff.; s. bes. Rn. 635 und 757, ferner die gruppenbezogenen Äußerungen in Rn. 701, 747, 753); näher: Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 452 f.

[33] Vgl. BVerfGE 93, 266 (293); 107, 275 (284); 124, 300 (344); näher zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Menschenwürde vor Meinungsäußerungen: Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 547ff., 572ff.

[34] Vgl. BVerfGE 111, 147 (154 f.); s. auch (zur parallel gebotenen einengenden Auslegung des Merkmals des öffentlichen Friedens) BVerfGE 124, 300 (334 f.).

Menschenwürde“ darstellen (541).

20. „Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.“ (541). Das NPD/Heimat-Urteil hat dies ausdrücklich bekräftigt (253). Es hat zudem zu einer rassistischen Grundhaltung, die zu einer „gegen die Menschenwürde verstoßenden Missachtung von Ausländern, Migranten und Minderheiten“ führen kann, „insbesondere“ auch antimuslimische, antisemitische und antiziganistische Haltungen gezählt, sowie „die ablehnende Haltung gegenüber gesellschaftlichen Minderheiten wie transsexuellen Personen“ berücksichtigt (350).[35]

Der Thüringer Spitzenkandidat erfüllt die Verwirkungsvoraussetzungen mit hoher Wahrscheinlichkeit - wie das Verdachtsfall-Urteil des VG Köln von 2022 zeigt

21. Missbraucht Björn Höcke in diesem Sinne seine Meinungsfreiheit zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung?

Maßgeblich dafür muss sein, ob er erstens inhaltlich verfassungsfeindliche Positionen vertritt und damit zweitens so viel Einfluss zu erlangen droht, dass er dadurch eine potentialitätsbegründende Gefährdung[36] für die Demokratie begründet.

Die Gefahr, dass er seine Positionen in Politik umsetzen kann, sollte dabei schon angesichts der bisherigen Wahlerfolge der AfD in Thüringen keiner näheren Begründung bedürfen, von den jetzigen Umfrageergebnissen von weit über 30% ganz zu schweigen. Nach ihnen könnte die AfD in Thüringen womöglich gar eine absolute Mehrheit der Parlamentssitze erringen, ihr Spitzenkandidat Höcke also sogar Ministerpräsident werden.

Seine manifeste Gefährlichkeit für die Demokratie wird sich aber selbst dann nicht so rasch wieder verflüchtigen, wenn die Umfrageergebnisse für die hochwahrscheinlich verfassungswidrigen Landesverbände der AfD sich bis zur Europawahl im Juni oder danach wieder legen sollten – was man dem Grundgesetz im Jahr seines 75. Geburtstags nur wünschen kann.

22. Sind seine Positionen auch inhaltlich verfassungsfeindlich? Wer es für die AfD in Thüringen und ihren Fraktionsvorsitzenden noch für eine offene Frage hält, ob sie der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechende Konzepte verfolgen, hat vermutlich noch nicht das grundlegende Urteil des VG Köln vom 8. März 2022 (13 K 326/21) zur Einstufung der Gesamtpartei als bundesweiter Verdachtsfall gelesen.

Und umgekehrt: Wer dieses umfassende Urteil gelesen hat, wird zu einer ähnlichen Einschätzung gelangen müssen, wie etwa Klaus Gärditz oder Michaela Hailbronner. Für Hailbronner spricht mit Blick auf das Urteil „vieles dafür“, dass die Parteiverbotsvoraussetzungen in bestimmten Ländern erfüllt sind.

Noch deutlicher, und völlig zu Recht, hat Gärditz betont, es gebe „Landesverbände, die faktisch die ideologische Nachfolge der NPD angetreten haben und bei denen eine aggressive Verfassungsfeindlichkeit gut dokumentiert“ sei. „Gerade Sachsen und Thüringen“, so Gärditz, „fallen hier auf“. Schon im September betonte Gärditz, wenn er sich „in Thüringen die Rhetorik maßgeblicher AfD-Funktionäre anhöre“, habe er „keine Zweifel, dass sie die Schwelle zu einer aktiv-kämpferischen Haltung überschreiten“.

23. Das Bundesamt für Verfassungsschutz stufte die Gesamtpartei, einschließlich aller Landesverbände, im Frühjahr 2021 als Verdachtsfall ein. Das Verwaltungsgericht Köln hat diese Einstufung in seinem Urteil vom 8. März 2022 als rechtmäßig beurteilt. Die Berufungsverhandlung vor dem OVG Nordrhein-Westfalen soll im März stattfinden. Unabhängig vom Ausgang dieses, die Gesamtpartei betreffenden Verfahrens, lassen die vom VG Köln gesammelten Äußerungen nicht nur für bestimmte Landesverbände mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verfassungsfeindlichkeit vermuten, sondern gerade auch für den Thüringer Spitzenkandidaten.

Neben allgemein bekannte Aussagen wie der Forderung nach einer „erinnerungspolitische[n] Wende um 180 Grad“ oder der Bezeichnung des Holocaust-Denkmals in

[35] BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 350 („dass die Vorstellung der ethnisch definierten Volksgemeinschaft zu einer gegen die Menschenwürde verstoßenden Missachtung von Ausländern, Migranten und Minderheiten führt“; „Nunmehr vorgelegte Belege lassen erkennen, dass die rassistische (aa), insbesondere antimuslimische (bb), antisemitische (cc) und antiziganistische (dd) Grundhaltung der Antragsgegnerin sowie ihre ablehnende Haltung gegenüber gesellschaftlichen Minderheiten wie transsexuellen Personen (ee) fortbestehen […].“).

[36] Zum Verständnis der Gefährlichkeit nach Art. 18 GG analog der Potentialität bei Art. 21 II (und III) GG siehe die Nachweise oben Fn. 22.

Berlin als „Denkmal der Schande“ (602) führt das VG Köln zahlreiche Aussagen des Mitbegründers des Flügels auf, in denen er etwa „von der ‚Auflösung‘ Deutschlands, dem ‚Volkstod‘ und dem ‚Verschwinden‘ und ‚Austausch‘ des deutschen Volkes“ durch Einwanderung spricht (VG Köln, 559, 560-577).

Die „Altparteienvertreter“ wollten, so Höcke, dass „die Deutschen verschwinden, sie und ihre Kultur“ (562). „[D]ie jubeln regelrecht über unseren bevorstehenden Volkstod durch den Bevölkerungsaustausch. Die Flüchtlinge sind ihnen nur Mittel zum Zweck, damit das verhasste eigene Volk endlich von der Weltbühne verschwindet.“ (564). Auf dem Kyffhäusertreffen 2018 verwies er auf eine geplante „Auflösung der Parallelgesellschaften“ und „Re-Migrationsprogramme“: „Langfristig, liebe Freunde, stehen die Auflösung der Parallelgesellschaften sowie die Re-Migrationsprogramme, die natürlich De-Islamisierungsprogramme inkludieren, auf der Tagesordnung.“ (700).

Das Urteil verweist (602) auch auf die folgenden Äußerungen Höckes, auf die bereits das VG Meiningen die Einschätzung gestützt hatte, es beruhe auf einer überprübaren Tatsachengrundlage und sei deshalb von der Meinungsfreiheit gedeckt, ihn als „Faschist“ zu bezeichnen:[37] „Gegenüber Andersdenkenden gelte: ‚Brandige Glieder können nicht mit Lavendelwasser kuriert werden, wusste schon Hegel‘. Bezogen auf die von ihm angestrebte Umwälzung stelle er fest, dass ‚wir leider ein paar Volksteile verlieren werden, die zu schwach oder nicht willens sind‘ mitzumachen. Er denke an einen ‚Aderlass‘. Diejenigen Deutschen, die seinen politischen Zielen nicht zustimmten, würden aus seinem Deutschland ausgeschlossen werden.“

In seinem Gesprächsband „Nie zweimal in denselben Fluß“ von 2018 bezeichnete er danach Verbindungen zwischen „Weißen“ und „Schwarzen“ in den Vereinigten Staaten von Amerika als einen „Abstieg“: „Die ‚Weißen‘ und die ‚Schwarzen‘ setzten sich vor ihrer Amerikanisierung aus mehreren hochdifferenzierten Völkern mit eigenen Identitäten zusammen. Jetzt sind sie in einer Masse aufgegangen. Diesen Abstieg sollten wir vermeiden und die Völker bewahren.“ (607).

24. Natürlich wird ein Verwirkungsantrag gegen diese und ähnlich exponierte Führungspersonen radikaler Landesverbände der AfD einer sorgfältigen Sichtung des Ausgangsmaterials und einer sorgfältigen Begründung bedürfen. Dass diese Begründung mit sehr hoher Erfolgsaussicht gelingen kann, scheint mir aber kaum bestreitbar zu sein.

25. So viel zunächst dazu, warum aus meiner Sicht ein Wählbarkeitsausschluss sowie ein darauf gerichteter Verwirkungsantrag gerade auch gegen herausgehobene Parteifunktionäre radikaler Landesverbände der AfD möglich ist und seine Voraussetzungen etwa für den Thüringer Spitzenkandidaten der AfD vorliegen. In den kommenden Teilen II und III dieses Beitrags werde ich erläutern, warum parallel dazu auch ein Verbotsantrag vorbereitet, veröffentlicht und eingereicht werden sollte – und warum die Verfassungstreue in der streitbaren Demokratie des Grundgesetzes auch dazu verpflichtet, diese Anträge zu stellen.

Die Beitragsreihe beruht auf einem am 23. Januar 2024 an der Uni Mainz gehaltenen Vortrag (Verfassungsfeindliche Landesverbände der AfD als Herausforderung für streitbare Demokratie und Verfassungstreuepflicht) im Rahmen der „Mainzer Vorträge zum Sicherheits- und Informationsrecht“ von Prof. Dr. Matthias Bäcker und Prof. Dr. Dieter Kugelmann, denen ich für die Einladung danke.

Transparenzhinweis: Im Beitrag wurden (unter 4. und 5.) am 21.10. und am 6.11. Änderungen vorgenommen, weil das OLG Hamburg mit Beschl. v. 23.7.2024 entschieden hat, dass die Aussage prozessual unwahr sei, dass auf dem Potsdamer Treffen auch eine Ausweisung von Staatsbürgern diskutiert worden sei (vgl. dazu den Bericht hier).

Im Haupttext wurden am 21.10.2024 folgende Änderungen vorgenommen: Unter 4. wurden in dem Satz: „Die Enthüllungen von ‚Correctiv‘ am 10. Januar über Planungen für menschenwürdeverletzende Massendeportationen auch von Deutschen mit Migrationshintergrund bei einem geheimen Treffen von Rechtsextremen veranschaulichen diese Bedrohungslage.“, vor dem Wort „Planungen“ die Worte „dort vorgestellte “hinzugefügt sowie das Wort „Massendeportationen“ durch das Wort „Massenvertreibungen“ ersetzt. Unter 5. wurde in der Aussage: „Der Rechtsextreme Martin Sellner […] soll bei diesem Treffen einen so genannten ‚Masterplan“ für eine massenhafte Abschiebung von Ausländern, aber auch von

[37] VG Meiningen, Beschl. v. 26.9.2019, 2 E 1194/19, Rn. 22.

Deutschen mit Migrationshintergrund, vorgestellt haben.“, der Begriff „Abschiebung“ durch „Vertreibung“ ersetzt, und in dem Satz „Gemeint sind damit Massendeportationen […]“, vor „Massendeportationen“ das Wort „häufig“ eingefügt.

Am 6.11.2024 wurde der Haupttext nochmals wie folgt geändert:

Unter 4. wurde der Satz: „Die Enthüllungen von ‚Correctiv‘ am 10. Januar über dort vorgestellte Planungen für menschenwürdeverletzende Massenvertreibungen auch von Deutschen mit Migrationshintergrund bei einem geheimen Treffen von Rechtsextremen veranschaulichen diese ‚Bedrohungslage‘ .“, durch den folgenden Satz ersetzt: „Die Enthüllungen von ‚Correctiv‘ am 10. Januar über dort vorgestellte Planungen zur Herbeiführung einer so genannten ‚Remigration‘.“ veranschaulichen diese ‚Bedrohungslage‘ , wobei der Link auf den Correctiv-Text entfernt wurde.

Unter 5. wurden die Sätze: „Der Rechtsextreme Martin Sellner […] soll bei diesem Treffen einen Plan so genannten ‚Masterplan‘ für eine massenhafte Vertreibung von Ausländern, aber auch von Deutschen mit Migrationshintergrund, vorgestellt haben. Sellner sprach danach von ‚Remigration‘, einem beschönigenden rechtsextremen Schlagwort. Gemeint sind damit häufig Massendeportationen als Gegenmaßnahme zu einem so genannten ‚Großen Austausch‘ der Bevölkerung, den nach dieser Verschwörungserzählung die politischen Eliten durch Einwanderung gezielt herbeiführen wollen.“, durch die folgenden Sätze ersetzt: „Der Rechtsextreme Martin Sellner […] soll bei diesem Treffen Pläne zur Herbeiführung einer massenhaften ‚Remigration‘ vorgestellt haben. In rechtsextremistischen Kreisen sind mit diesem beschönigenden Schlagwort häufig Gegenmaßnahmen zu einem so genannten ‚Großen Austausch‘ der Bevölkerung gemeint, den nach dieser Verschwörungserzählung die politischen Eliten durch Einwanderung gezielt herbeiführen wollen.“ Zur Debatte über den Correctiv-Bericht siehe auch hier und (kostenpflichtig) hier.

Mathias Hong

Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil II)

doi: 10.59704/0f18634fa778877b

Das demokratische Haus in Deutschland brennt. Es ist höchste Zeit, die Instrumente der streitbaren Demokratie gegen Landesverbände der AfD einzusetzen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig sind, wie die in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Warum die Voraussetzungen für Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot dort vorliegen, und die Verfassungstreue es auch verlangt, diese Anträge zu stellen, begründe ich in diesem dreiteiligen Beitrag (von dem Teil I bereits erschienen ist, und dessen Teil III in den nächsten Tagen erscheinen wird).

In diesem zweiten Teil werde ich näher auf die Voraussetzungen für ein Parteiverbot für die fraglichen Landesverbände eingehen, aber auch darauf, welche Rolle in dieser Debatte gerade auch Staatsrechtslehrer spielen, die den Volksbegriff des Grundgesetzes in einem ethnisch-exkludierenden Sinn verstehen.

Ein Parteiverbot kann auch nur gegen Landesverbände ergehen - und richtigerweise kann auch der Antrag darauf begrenzt werden

1. Kann ein Verbotsantrag auf Landesverbände beschränkt werden? Nach § 46 II BVerfGG kann das Gericht die Feststellung der Verfassungswidrigkeit „auf einen rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei“ beschränken, also auch nur bestimmte Landesverbände verbieten.

Dann muss aber auch schon der Antrag so begrenzt werden können. Die Gegenposition, dass der Antrag nach § 43 I BVerfGG gleichwohl immer gegen die Gesamtpartei gerichtet sein müsse,[1] erscheint nach Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift nicht überzeugend: Warum sollte, was das Gericht entscheiden darf, nicht auch beantragt werden können?[2]

Das haben denn auch zu Recht, neben Christian Rath (hier), inzwischen etwa auch so gewichtige Stimmen wie Lübbe-Wolff und Gärditz so gesehen. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst hat schon zumindest davon gesprochen, dass Art. 21 II GG selbst „auf rechtliche und organisatorische Teile der Partei angewendet werden“ könne (BVerfGE 9, 162 [165]), was auch eine entsprechende Antragsmöglichkeit nahelegt.

2. Sind die Verbotsvoraussetzungen erfüllt? Die Partei muss nach Art. 21 II GG „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen“ die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ zu „beeinträchtigen“.

Für die Ziele wird zwar „das Programm regelmäßig ein wesentliches Erkenntnismittel“ sein (BVerfGE 144, 20 [Rn. 558 f.]), entscheidend sind aber „die wirklichen Ziele, nicht die vorgegebenen“ (559). Die Partei muss sich „nicht offen zu ihren verfassungswidrigen Zielsetzungen“ bekennen (559). Das Verhalten der Anhänger muss der Partei jeweils zugerechnet werden können (561 ff.). Zuzurechnen ist „besonders“ die Tätigkeit „der Parteiführung und leitender Funktionäre“ (Ls. 5 lit. c, Rn. 562).

Ein „Beeinträchtigen“ liegt vor, wenn die Partei „nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung“ für die Grundordnung bewirkt (Ls. 4). Ein „Darauf Ausgehen“ setzt zweierlei voraus: erstens ein aktives, „planvolles Vorgehen“, das „im Sinne einer qualifizierten Vorbereitungshandlung“ auf eine solche Beeinträchtigung gerichtet ist (Ls. 6 lit. a), und zweitens die Potentialität eines Erfolgs (585), das heißt konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die eine Umsetzung in die Tat „zumindest möglich erscheinen lassen“ (Ls. 6 lit. c, 570).

[1] So von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 46 (Bearb. 2020) Rn. 56 f.; Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 43 Rn. 20.

[2] So auch Dollinger, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 43 Rn. 22 (mwN zur älteren Literatur).

3. Diese Potentialität kann sich aber auch schon aus den „Erfolgsaussichten einer bloßen Beteiligung der Partei am politischen Meinungskampf“ ergeben, aus ihrer „Wirkkraft in der Gesellschaft“, für die namentlich ihre „Wahlergebnisse“ relevant sind (587).

Wie schon betont, kann danach eine Partei „auch dann verfassungswidrig sein“, „wenn sie ihre verfassungsfeindlichen Ziele ausschließlich mit legalen Mitteln“ verfolgt (578).

Das Verbot der NPD scheiterte 2017 nur an dem Erfordernis der Potentialität. Die NPD war inhaltlich verfassungsfeindlich, aber zu unbedeutend und ungefährlich, um verboten werden zu können. Das Gericht verwies unter anderem darauf, dass ihre Wahlergebnisse bei Bundestags- und Europawahlen auf sehr niedrigem Niveau von 1,6% bis 1% stagnierten (900) und bei den Landtagswahlen rückläufig waren, in den westdeutschen Ländern von einem sehr niedrigen Niveau (von maximal 2,1%) ausgehend (901), in den ostdeutschen Ländern zwar von einem höheren Niveau von bis zu 9,2% (2004 in Sachsen) aus, aber auf zuletzt zwischen 5,6% und 1,9% absinkend.

Es wäre ein Missverständnis, die Anforderungen an die Potentialität als so hoch anzusehen, dass eine Partei sie erst dann erfüllen kann, wenn sie schon so erfolgreich ist, dass, wie jetzt bei der AfD, ein Verbot auf sehr starken politischen Gegenwind treffen muss. Wie Lübbe-Wolff zu Recht betont, wäre es „abwegig, anzunehmen“, dass wegen des Potentialitätserfordernisses mit einem Parteiverbotsantrag so lange abgewartet werden müsse, „bis die Erfolgschancen einer Partei so gut stehen wie derzeit die der AfD“.

Mit anderen Worten: Die AfD ist auf Bundesebene über die Schwelle der Potentialität längst weit hinaus. Dem ist beizupflichten. Man wird die Potentialität auf Bundesebene für die AfD einstweilen mindestens solange bejahen müssen, wie die 2013 erstmals zu Wahlen angetretene Partei weiterhin, wie seit 2017, im Bundestag vertreten bleibt. Sie wird also auch dann bis auf weiteres weiterbestehen, wenn sich die jetzigen, von 20 bis über 30% reichenden Umfrageergebnisse nicht bewahrheiten, sondern die AfD sogar Stimmen verlieren sollte.

Die Potentialität der radikalen Landesverbände ist nur für die Landesebene nötig, aber auch für die Bundesebene gegeben

4. Liegt die Potentialität, eine inhaltliche Verfassungsfeindlichkeit vorausgesetzt, aber auch für einzelne Landesverbände der AfD vor?

Gärditz hat im November ausgeführt, warum insoweit eine Potentialität auf Landesebene ausreichen muss: „Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist nicht erst dann gefährdet, wenn der Gesamtstaat extremistisch unterwandert wird. Es reicht aus, dass dies auf der Ebene eines Landes geschieht, zumal im austarierten Modell des deutschen Exekutivföderalismus die Hauptverantwortung für die Machtmittel der Exekutive in den Händen der Länder liegt.“

Selbst wenn man eine Potentialität auch auf Bundesebene verlangen wollte, wäre sie im Fall der fraglichen Landesverbände zu bejahen. Zutreffend verweist Lübbe-Wolff darauf, dass zwar ein Landesverband allein die freiheitliche demokratische Ordnung des Grundgesetzes kaum „aus den Angeln“ heben werde können. Allerdings können Erfolge in einem Bundesland, wie sie zu Recht betont, „die Möglichkeit solcher Erfolge auch in anderen Bundesländern“ indizieren, da politische Stimmungen „häufig die Grenzen“ überspringen.

Als zumindest möglich wird man die Umsetzung etwaiger verfassungsfeindlicher Ziele danach derzeit sogar auf Bundes-, erst Recht aber auf Landesebene für alle Landesverbände der AfD ansehen müssen, die realistische Aussichten auf Sitze im jeweiligen Landesparlament haben. Das gilt angesichts der jetzigen Stärke der Partei einstweilen selbst dann, wenn sie einmal nicht mehr, wie derzeit, außer im Bundestag auch in den meisten Landesparlamenten vertreten sein sollte.

Ethnisch-exklusiver Volksbegriff, Rassismus gegen Ausländer - und die populistische Strategie einer illiberalen Alternative zur Demokratie

5. Wenn die Potentialität also vorliegt, sind auch die Anforderungen an eine inhaltliche Verfassungsfeindlichkeit von Landesverbänden der AfD erfüllt?

Nach den beschriebenen Maßstäben sind es vor allem drei Punkte, die unabhängig voneinander jeweils eine verfassungsfeindliche Ausrichtung radikaler Landesverbände wie jedenfalls derjenigen in Thüringen, Sach-

sen und Sachsen-Anhalt nahelegen.

Erstens der schon erwähnte ethnische Volksbegriff, der zu einer Aufteilung der Deutschen in zwei Klassen führt und mit Menschenwürde und Demokratie zugleich unvereinbar ist. Für einen solchen ethnisch-exklusiven Volksbegriff, der Deutsche mit bestimmten (ethnisch fremden) Migrationshintergründen (oder internationalen Biographien) ausschließt, gibt es in den fraglichen Landesverbänden die dichtesten Anhaltspunkte.

Zweitens einen Rassismus gegen Ausländer sowie weitere auf ihre Diskriminierung zielende Verletzungen des Menschenwürdegehaltes der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 III 1 oder Art. 3 I GG. Für sie gibt es ebenfalls sehr dichte Anhaltspunkte.

Und drittens eine mit dem Demokratieprinzip unvereinbare autoritär-populistische Strategie der Partei, nach der letztlich nur Angehörige eines „echten" Volkes zu legitimer Herrschaft berechtigt sind, wobei dieses „echte" Volk auch schlicht durch das Kriterium der Anhängerschaft definiert sein kann, und das bestehende Herrschaftssystem, weil es dies verhindert, keinerlei Legitimität beanspruchen kann. Nennen wir das die Strategie einer illiberalen „Alternative" zur freiheitlichen Demokratie. Ihre Unvereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip dürfte noch am unzureichendsten erforscht sein.[3] Bahners hat jedoch in seinem Buch „Die Wiederkehr" eine eindrückliche Fülle von Anhaltspunkten für den kontinuierlichen und strategischen Einsatz eines Narrativs zusammengetragen, nach dem die AfD eine „Alternative" gerade auch zum gesamten bestehenden demokratischen System sein will, das sie als illegitim verächtlich macht. Die neuerdings auch vom Bundesverwaltungsgericht herangezogene Kategorie einer „Delegitimierung" von Staatsorganen geht zwar in eine ähnliche Richtung (s. hier, Rn. 23, 32), der Begriff greift aber deutlich zu weit und bedarf der Einengung, um seine Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit sicherzustellen.

Ich werde mich im Folgenden im Schwerpunkt auf den ethnischen Volksbegriff konzentrieren, aber auch einzelne Beispiele für die rassistische und sonstige Diskriminierung von Nichtdeutschen einbeziehen.

Keine rechtswidrigen oder gar strafbaren Äußerungen nötig

6. Wichtig ist dabei, dass entsprechende Äußerungen auch dann mit der Menschenwürde inhaltlich unvereinbar sein können, wenn sie noch nicht als solche verboten oder bestraft werden dürften, sondern als individuelle Äußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt sind (siehe auch Teil I, unter 14. und 15.).

Äußerungen etwa über Asylbewerber und Migranten, die „durch pauschale Verdächtigungen und Herabwürdigungen geprägt sind" und Menschen mit einem tatsächlichen oder vermeintlichen Migrationshintergrund „pauschal als minderwertig, als Schmarotzer oder als kriminell bezeichnet oder in anderer Weise verächtlich" machen, sind zwar nicht ohne weiteres individuell strafbar, können aber gleichwohl inhaltlich der Menschenwürde zuwiderlaufen und insoweit im Rahmen eines Verbots- oder Verwirkungsverfahrens berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 144, 20 [Rn. 707 ff.]; VG Köln, Rn. 391).

Menschenwürde ist egalitär

7. Auf die ethnische Exklusion von Deutschen mit internationaler Biographie, die dem in der Menschenwürde verankerten Menschenrechtskern des Demokratieprinzips zuwiderläuft, möchte ich im Folgenden noch etwas Näher eingehen.

Das Grundgesetz sieht das fundamentale Recht auf gleiche demokratische Teilhabe aller Staatsangehörigen auch in der Menschenwürde selbst verankert. So sieht es jedenfalls die – zustimmungswürdige – gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem Lissabon-Urteil von 2009.[4] Das NPD-Urteil hat dies für den Volksbegriff ausbuchstabiert.

„Menschenwürde ist egalitär", so hält das Urteil fest (BVerfGE 144, 20 [Rn. 541]).[5] Ein ethnisch definierter Volksbegriff verletzt die dadurch ausgegrenzten Deutschen in ihrem Anspruch auf gleichberechtigte Teilha-

[3] Vgl. aber auch BVerfGE 144, 20 (Rn.546) („Den Rahmen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung verlässt […], wer den Parlamentarismus verächtlich macht, ohne aufzuzeigen, auf welchem anderen Weg dem Grundsatz der Volkssouveränität Rechnung getragen und die Offenheit des politischen Willensbildungsprozesses gewährleistet werden kann."); BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 257,397, 402.

[4] Vgl. BVerfGE 123, 267 (Rn. 211); 129, 124 (169); 142, 123 (Rn. 124); 154, 17 (Rn. 100); BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 229.

[5] Bekräftigend: BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 253.

be an der politischen Willensbildung aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG (758, 761-767), der als menschenrechtlicher Kern des Demokratieprinzips letztlich ebenfalls in der Menschenwürde verankert ist (529, 766).[6] Unabhängig davon widerspricht ein ethnischer Volksbegriff aber jedenfalls dem Demokratieprinzip.

Nach den Feststellungen des NPD-Urteils vertrat die NPD einen rassistischen ethnischen Volksbegriff, demzufolge als „fremdrassig[ ]" (778) angesehene Menschen niemals zum deutschen Volk gehören können, weil sie keine so genannten „Biodeutschen" sind, sondern als so genannte „Passdeutsche" (694) letztlich Ausländer bleiben. Das Urteil verwies dazu unter anderem auf Aussagen wie: „Ein Afrikaner, Asiate oder Orientale wird nie Deutscher werden können [...].", oder: „Deutscher ist man durch sein Blut und durch nichts anderes!" (654, 659, 682 f.).

„Biodeutsche" oder „deutsches Blut"? Der ethnisch-biologische Volksbegriff ist eine Fiktion

8. Nach dem jetzigen Stand der Biologie gibt es freilich schon gar kein „deutsches Blut" oder „deutsche Gene", nach denen sich solche „Biodeutschen" ermitteln lassen könnten.[7] Mit vererblichen phänotypischen Unterschieden wie etwa der Hautfarbe sind keine weiteren, etwa charakterlichen Eigenschaften so verknüpft, dass sich eine biologische Gruppenbildung nach „Rassen" dadurch rechtfertigen ließe. Menschliche Rassen gibt es danach ebensowenig wie „Biodeutsche". Ein so verstandener ethnischer Volksbegriff, der letztlich ein rassischer Volksbegriff ist, entbehrt danach schon der biologischen Grundlage.

Das ist in der deutschen Staatsrechtslehre nicht unbedingt unbestritten. Die Reaktion auf solche Befunde ist dabei nicht stets frei von Widersprüchen. So wird in einem rechtswissenschaftlichen Beitrag zum Thema erstens ausgeführt, dass die biologische Frage zu Recht als völlig irrelevant angesehen werde, weil auch dann, wenn es Rassen gäbe, die Zugehörigkeit dazu jedenfalls keine Diskriminierung rechtfertige.[8] Das ist zweifellos richtig, passt aber nicht zu dem zweiten Punkt, der dann trotzdem ausgeführt wird, nämlich, dass diese Frage außerdem biologisch durchaus ungeklärt sei,[9] um sodann, drittens, sogar festzuhalten, dass (auf der Grundlage einer Gleichsetzung von „Rasse" mit phänotypischen Merkmalen wie der Hautfarbe, die „die Mehrheit" vornehme) „die Existenz von Schwarzen und Weißen" und damit von „Rassen" in diesem Sinne „auch naturwissenschaftlich begründbar" sei.[10]

---

[6] Bekräftigend: BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 233 („in der Menschenwürde wurzelnder Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung").

[7] Vgl. Richter/Göpel, Rasse ohne Realität: Warum das Konzept der Unterarten fragwürdig und das der Menschenrassen überholt ist, in: Biologie in unserer Zeit, 51 (2021), S. 179-188, https://doi.org/10.11576/biuz-4252; Fischer/Hoßfeld/Krause/Richter, Jenaer Erklärung: Das Konzept der Rasse ist das Ergebnis von Rassismus und nicht dessen Voraussetzung, 10.9.2019, https://www.shh.mpg.de/1464864/jenaer-erklaerung und https://www.uni-jena.de/unijenamedia/universitaet/abteilung-hochschulkommunikation/presse/jenaer-erklaerung/jenaer-erklaerung.pdf; s. auch Liebscher, Das Besondere des deutschen Rassebegriffs – rechtshistorische und rechtsvergleichende Überlegungen, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022 (open access hier), S. 245 (268 mit Fn. 105); Barskanmaz, Rasse – eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs, in: Froese/Thym (ibid.), S. 99 (124 f. mit Fn. 138); Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 315 ff.

[8] Kischel, Die Streichung des Begriffs „Rasse" –ersetzt der sozialwissenschaftliche Rassismusbegriff den normativen Rassebegriff?, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022 (open access hier), S. 73-75 (wo zunächst betont wird, dass sich „[v]öllig zu Recht" viele in der Rechtswissenschaft „gar nicht erst" mit der naturwissenschaftlichen Frage befassten oder sie offen ließen [73, s. auch 75]).

[9] Kischel (ibid.), S. 74 f. mit Fn. 17 (wo dann gleichwohl auf die naturwissenschaftliche Frage eingegangen und eine „vielschichtige und disparate naturwissenschaftliche Lage" behauptet wird).

[10] Kischel (ibid.), S. 77 (dass Rasse nicht real sein solle, „erscheint auf den ersten Blick geradezu kontrakfaktisch, denn schließlich gibt es für jedermann sofort erkennbar beispielsweise Personen mit schwarzer oder weißer Hautfarbe"); 79 („die Mehrheit" verstehe „unter schwarz und weiß, und damit unter Rasse, nichts anderes als eine Beschreibung rein äußerlicher anatomischer Merkmale, allen voran der Hautfarbe"); 80 (davon ausgehend „wäre eine naturwissenschaftliche Basis von Rasse immer und schon dann zu bejahen, wenn irgendeine Rasseneinteilung auf tatsächlich vererbbaren [...] Merkmalen beruhte"; soweit also „die Hautfarbe genetisch nachweisbar und vererbbar ist, ist die Existenz von Schwarzen und Weißen auch naturwissenschaftlich begründbar"). Siehe zu Kischels, auch in vorangegangenen Veröffentlichungen entfalteten Thesen, neben den Nachweisen oben in Fn. 7, auch Tabbara, Von der Gleichbehandlung der „Rassen" zum Verbot rassistischer Diskriminierung, Der Staat 60 (2021), S. 577 (585-587, 600) (auch zur Einordnung des von Kischel in Bezug genommenen de Benoist).

9. Nach meinem bisherigen Eindruck von der biologischen Diskussion, der natürlich vor den Hürden interdisziplinärer Forschung steht, gibt es hier womöglich eine Parallele zu dem naturwissenschaftlichen Befund, dass der Klimawandel menschlich verursacht ist: Vergleichbar zu diesem Befund[11] scheint es auch über die Nichtexistenz biologischer „Rassen" einen weithin geteilten naturwissenschaftlichen Konsens zu geben. Die Frage als naturwissenschaftlich umstritten darzustellen, verzerrt dann aber den Stand der wissenschaftlichen Debatte und läuft Gefahr, eine „false balance" zu befördern.

Mir scheint es wichtig, dass die Rechtswissenschaft die biologischen Einschätzungen nicht ignoriert, also zur Kenntnis nimmt, dass ein Volk im biologisch-völkischen Sinn schon naturwissenschaftlich gar nicht existiert. Ein Volk von Deutschen in einem biologischen Sinne ist eine Fiktion.

Verfassungsrechtliche Unhaltbarkeit eines ethnisch exkludierenden Volksbegriffs - und „ethnopluralistischer" oder „ethnokultureller" Ersatzkonzepte

10. Ein ethnischer Volksbegriff ist aber auch unabhängig davon normativ jedenfalls mit dem Menschenwürdegehalt des Demokratieprinzips unvereinbar.

Mir scheint sowohl entstehungsgeschichtlich als auch nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts überzeugender zu sein, wenn man die historische Absicht der verfassungsgebenden Gewalt berücksichtigt, die Verfassung als dynamisch entwicklungsfähig zu normieren.

Das Grundgesetz kennt danach keinen „ausschließlich an ethnischen Kategorien orientierten Begriff des Volkes", ein solcher Volksbegriff ist vielmehr, so das NPD-Urteil zu Recht, „verfassungsrechtlich unhaltbar" (BVerfGE 144, 20 [Rn. 690]).[12] Dass der „Anspruch auf demokratische Partizipation" auf die Angehörigen einer „ethnisch homogenen ‚Volksgemeinschaft' beschränkt" bleiben soll (764), widerspräche „dem im menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips wurzelnden Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe aller Staatsangehörigen an der politischen Willensbildung" (766).[13]

11. Für „ethnopluralistische" oder „ethnokulturelle" Ersatztheoreme, die nicht auf biologische, sondern auf kulturelle Unterschiede abheben, aber letztlich eine vergleichbare, pauschal an äußerliche, abstammungsbezogene oder kulturelle Merkmale anknüpfende Ausgrenzung von Deutschen aus dem „wahren" deutschen Volk befürworten, kann nichts anderes gelten.[14]

Davon geht zu Recht jetzt auch das NPD/Heimat-Urteil ausdrücklich aus (Rn. 351[15]). Denn auch damit wird, soweit darin nicht ebenfalls eine Diskriminierung wegen der „Rasse" zu sehen ist, eine Exklusion aus der allen zustehenden demokratischen Teilhabe unter Missachtung jedenfalls anderer von der Menschenwürde mitumfasster Diskriminierungsverbote vorgenommen, sei es etwa der Verbote der Benachteiligung wegen der Abstammung oder des Glaubens aus Art. 3 III 1 GG, sei es des Menschenwürdekerns des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG.[16]

Volksbegriff als Überfremdungssperre - von einem Gespräch auf der Staatsrechtslehrertagung von 2017

12. Mir ist es, auch aus ganz persönlichen Gründen, wichtig, zu betonen, dass es in der Staatsrechtslehre durchaus unterschiedliche Auffassungen zu der Frage gibt, ob das Grundgesetz eine solche auf die Abstammung oder aber, mit ergebnisgleicher Zielrichtung, auf vermeintlich homogene kulturelle Unterschiede[17] bezogene Unterscheidung zwischen Deutschen nicht nur nicht verbietet, son-

[11] Vgl. nur BVerfGE 157, 30 (Rn.18) („nach nahezu einhelliger wissenschaftlicher Ansicht").

[12] Bekräftigend: BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 377.

[13] Bekräftigend: BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 380.

[14] Siehe bereits Gärditz, hier und hier; VG Köln, Urt. v. 28.3.2022, 13 K 326/21, Rn. 220, 647 f. mwN zur Rspr.

[15] BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 351: „Die Antragsgegnerin legt ihrer Politik den sogenannten ‚Ethnopluralismus' zugrunde. Diese Begrifflichkeit dient dazu, statt von verschiedenen ‚Rassen' von Völkervielfalt zu sprechen und so den zugrundeliegenden Rassismus zu verschleiern […]. Folge dieses Konzepts ist ein biologistischer Rassismus sowie eine ablehnende Haltung gegenüber jeglicher Form von Zuwanderung."

[16] Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 350 („die rassistische (aa), insbesondere antimuslimische (bb), antisemitische (cc) und antiziganistische (dd) Grundhaltung der Antragsgegnerin sowie ihre ablehnende Haltung gegenüber gesellschaftlichen Minderheiten wie transsexuellen Personen (ee)") (s. dazu auch Teil I, unter 20.).

[17] Zu „ethnopluralistischen" oder „ethnokulturellen" Ersatzkonzepten zu einem explizit biologisch-abstammungsbezogenen Volksbegriff siehe oben unter 11. (mit Fn. 14 und 15).

dern sie womöglich umgekehrt sogar verlangt.

Einige Angehörige der Staatsrechtslehrervereinigung verstehen den Volksbegriff des Grundgesetzes danach als zumindest ganz wesentlich auch ethnisch und den Ethnos des deutschen Volkes in diesem Sinne zumindest auch als gerade durch die Abstammung definiert. Das deutsche Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, darf danach ethnisch nicht zu sehr überfremdet werden, sonst ist es nicht mehr deutsch genug. Nur ethnisch Deutsche können diesem Volksverständnis zufolge das Deutschsein des deutschen Volkes bewahren. Sie müssen die große Mehrheit bleiben. Würden zu viele nicht ethnisch Deutsche eingebürgert, würde das die Identität des deutschen Volkes zerstören und es durch ein anderes austauschen.

So vertritt es etwa ein angesehener, 2016 emeritierter Ordinarius, der regelmäßig die AfD beraten hat. Nie werde ich eine sehr zivilisierte Diskussion über diese These eines grundgesetzlichen Überfremdungsschutzes vergessen, die ich mit ihm auf der 77. Staatsrechtslehrertagung in Saarbrücken 2017 führte.

Es war ein feierlicher Abendempfang, Annegret Kramp-Karrenbauer sprach zur Vereinigung. In dem Gespräch wies ich ihn darauf hin, dass nach seinen Kriterien ja ich und Teile meiner Familie zu dieser ethnischen Bedrohung für das deutsche Volk zu zählen seien. Von unserer Sorte dürfte es danach ja nicht zu viele geben? Der Ordinarius, ein ausgesprochen kultivierter Hanseat, bestritt nicht, dass ich, trotz deutscher Staatsbürgerschaft, nach seiner ethnisch-kulturellen Kategorisierung nicht zum deutschen Volk im eigentlichen und engeren Sinne gehörte. Er versicherte mir aber, dass es keinesfalls um mich persönlich gehe, sondern allein um eine generelle zahlenmäßige Obergrenze für Einwanderung, wie sie 2015 eben aus seiner Sicht klar überschritten worden sei.[18]

Ethnos, nicht Demos? Staatsrechtslehre auf dem Potsdamer „Remigrations"-Treffen

13. Das deutsche Volk ist danach im Kern im Sinne des „ethnos", nicht des „demos" zu verstehen, wie es

[18] Vgl. Murswiek, Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise, 2016, S. 123 (127: „Das Grundgesetz […] setzt […] voraus, dass das Staatsvolk in seiner großen Mehrheit aus ethnisch Deutschen besteht […]."; es dürfe keine „völlig neue ethnisch-kulturelle Struktur des Staatsvolkes" herbeigeführt werden; 130 f.: die daraus folgende „Obergrenze für die Aufnahme von Immigranten" sei mit einer Million aufgenommener Flüchtlinge 2015 „schon evident überschritten worden"; 132: „Die Politik der offenen Grenzen läuft auf das hinaus, was der Titel eines berühmten Buches zum Ausdruck bringt: ‚Deutschland schafft sich ab.'"). Das dort in Bezug genommene Werk, „Deutschland schafft sich ab" von Sarrazin von 2010, wurde „berühmt" nicht zuletzt auch durch seine Thesen über eine genetisch bedingte unterschiedliche Intelligenz von Völkern; s. dazu etwa die Pressemitteilung des Verbands Biologie, Biowissenschaften und Biomedizin in Deutschland e.V. vom 2.9.2010 (Dr. Kerstin Elbing), „Thilo Sarrazin hat grundlegende genetische Unterschiede nicht verstanden" („Die genetischen Thesen von Herrn Sarrazin sind nicht mit den modernen Erkenntnissen zur Evolutionsbiologie des Menschen vereinbar."; „Dass es bei Volksgruppen genetische Unterschiede in Bezug auf Intelligenzleistungen geben könnte, ist nach dem gegenwärtigen Stand des Wissens nicht zu erwarten."). Bekräftigend auch Murswiek, Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes, in: JöR 66 (2018), 385 (390 ff., 407 ff.), etwa: 407 (die Staatsgewalten „dürfen das Subjekt der Demokratie nicht gegen ein anderes austauschen"); 408 (das ethnische Volk, das durch Abstammung sowie kulturell-historische Merkmale wie die Sprache definiert sei [390, 392 f. mit Fn. 23], sei in seiner Identität, auch vor Verfassungsänderung, „absolut geschützt"); 410 f. (eine „Einwanderungs- und Einbürgerungspolitik", die „die ethnische und kulturelle Prägung des deutschen Volkes fundamental ändert", etwa wenn „die Bundesregierung eine weitgehende Änderung der Zusammensetzung des Volkes durch Einwanderung zulässt oder gar das Volk nach ihren eigenen Vorstellungen ethnisch modelliert" – „bunte Republik statt Bundesrepublik" –, sei verfassungswidrig [s.a. Fn. 28]); 412 (zur so geschützten „Identität des Staatsvolkes" gehöre jedenfalls, „dass die große Mehrheit des Volkes aus ethnisch Deutschen besteht"; auch mwN zu dieser Position).

[19] Vosgerau, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Band XI, 2013, § 228 Das Selbstbestimmungsrecht des Volkes in der Weltgemeinschaft, Rn. 9 (Volk im völkerrechtlichen Sinn als „Staatsvolk, das heißt den Inbegriff der Staatsbürger zu verstehen", sei „etwas unterkomplex und in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend"); 10 („in legitimationstheoretischer Hinsicht" müsse das Völkerrecht „die Existenz von Völkern […] als prinzipiell vorrechtlich gegebene Tatsache" voraussetzen); 11 (daher könne es „nicht der staatlichen Rechts- und Verfassungsordnung allein überlassen bleiben, sich ihr Legitimationssubjekt selber zu definieren und zu schaffen"); 14 (im Staat könne „der demos, das Staatsvolk" nur durch die Staatsangehörigkeit definiert werden, nicht jedoch „der ethnos, das heißt das natürliche Volk", das durch rechtliche Setzungen nicht „definiert oder auch hinwegdefiniert werden" könne, sondern „als jeglicher nationalen Rechtsordnung vorgelagert gedacht werden" müsse); 18: Staatskontinuität sei „zu bejahen, wenn der eigentliche Träger der Staatsgewalt, das Volk, erhalten geblieben" sei. S. auch Vosgerau, Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft, 2016, S. 113 (die Nation als Ordnungsrahmen für überholt zu erklären, werde der „biologisch vorgegebenen Ethnizität und Kulturalität des Menschen nicht gerecht"); 120 (der ethnos könne „immer nur völkerrechtlich" und damit „quasi-naturrechtlich" als der Verfassung vorausgelagert gedacht werden); 121 (der ethnos sehe

ein anderes Mitglied der Vereinigung formuliert, das diesen Standpunkt auch im altehrwürdigen Handbuch des Staatsrechts darlegen durfte.[19] Es ist dasselbe Mitglied der Vereinigung, das laut dem Correctiv-Bericht bei dem Potsdamer Treffen im November dabei gewesen sein soll.

14. Der Gegensatz solcher Positionen zum Volksbegriff im NPD-Urteil von 2017 könnte schärfer nicht sein. Denn von einem ethnischen Volksbegriff ausgehend schützt das Demokratieprinzip ja nicht etwa vor einer ethnisch-exkludierenden Unterscheidung zwischen Deutschen mit und ohne einen bestimmten (nämlich ethnisch abweichenden) Einwanderungshintergrund, sondern es soll, ganz im Gegenteil, gerade unter Rückgriff genau auf diese Unterscheidung einer Einwanderungs- und Einbürgerungspolitik Grenzen setzen, die zu viele solche „nichtethnischen" Deutschen erzeugt.[20]

Die radikalen Landesverbände der AfD erfüllen mit hoher Wahrscheinlichkeit die Verbotsvoraussetzungen

15. Für bestimmte radikale Landesverbände der AfD lässt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit bejahen, dass sie politische Konzepte eines ethnisch-exklusiv verstandenen Begriffs des deutschen Volkes sowie andere verfassungsfeindliche Konzepte verfolgen.

Dazu sind jedenfalls die Landesverbände in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt zu zählen. Es ist zwar kein allein hinreichendes, aber ein wichtiges Anfangsindiz dafür, dass der jeweilige Landesverfassungsschutz diese drei Landesverbände als gesichert rechtsextrem eingestuft hat, in Thüringen schon 2021, in Sachsen und Sachsen-Anhalt Ende 2023. Wie schon erwähnt (siehe Teil I, unter 18.), lassen sich starke Indizien dafür außerdem auch aus dem Urteil des VG Köln vom März 2022 zur Einstufung der Gesamtpartei als Verdachtsfall ableiten, das umfänglich auf Gutachten und Belegsammlungen des Bundesamtes für Verfassungsschutz zurückgreift (VG Köln, Rn. 944).

16. Aus der „Gesamtschau" einer eingehenden, über mehr als 750 Randnummern umfassenden Prüfung (182-970), leitet das VG Köln im Verdachtsfall-Urteil ab, dass das verfassungsfeindliche „Volksverständnis und die ausländerfeindliche Agitation Ausdruck eines generellen Bestrebens" der gesamten AfD sowie der Jungen Alternative (JA) und des „Flügels" als „ihrer Teilorganisationen" seien.[21]

Das Gericht verweist dafür etwa auf den wiederholten Gebrauch solcher Begriffe wie „Umvolkung", „Großer Austausch", „Remigration" und „Reconquista" (im Sinne einer Rückeroberung von Eingewanderten „besetzter" Gebiete), und zwar „in offenkundiger Kenntnis des damit verbundenen rechtsextremen Verständnisses und Kontextes".[22]

Es hat zwar offengelassen, ob darin auch schon ein planvolles Vorgehen im Sinne des Art. 21 II GG liege (357), jedoch auch zu Recht festgehalten, dass es bei

sich „typischerweise, wenn auch nicht notwendig, durch gemeinsame Herkunft und Abstammung verbunden"; dabei könne es „kaum darauf ankommen", „ob diese gemeinsame Herkunft humangenetisch aufweisbar" sei „oder nur einer kulturellen Fiktion oder Idealvorstellung" entspreche).

[20] Der Schärfe dieses Gegensatzes nimmt es nichts, wenn Murswiek demgegenüber argumentiert, der Ausschluss eines „ausschließlich an ethnischen Kategorien orientierten Volksbegriff[s]" im NPD-Urteil (BVerfGE 144, 20 [Rn. 690]) stehe seinen Thesen „nicht entgegen", weil sie das Staatsvolk ja nicht „ausschließlich" ethnisch verstehen, sondern ‚nur' verlangen, dass dessen große Mehrheit ethnisch deutsch sein und bleiben muss, vgl. ders., Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes, in: JöR 66 (2018), 385 (416 Fn. 111). Dieser Einwand geht nicht nur darüber hinweg, dass das NPD-Urteil gerade in der zitierten Passage (Rn. 690) deutlich macht, dass der nicht ethnisch-exklusiv zu verstehende Volksbegriff des Grundgesetzes gerade auch Einbürgerungen nicht entgegengesetzt werden kann. Er verkennt außerdem, dass das Urteil auch im Übrigen überdeutlich macht, dass auch die zentral auf der Unterscheidung zwischen ethnischen und nichtethnischen Deutschen beruhende These, deutsches Volk im Sinne der Verfassung könne nur ein in seiner „große[n] Mehrheit [...] aus ethnisch Deutschen" bestehendes Volk sein (so Murswiek, ibid., S. 412), dem Volksbegriff des Grundgesetzes und dem menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips zuwiderlaufen müssen. Denn danach darf „bei der Bestimmung des ‚Volkes' im Sinne des Grundgesetzes ethnischen Zuordnungen keine exkludierende Bedeutung" zukommen und muss, „[w]er die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, [...] aus Sicht der Verfassung unabhängig von seiner ethnischen Herkunft Teil des Volkes" sein (vgl. BVerfGE 144, 20 (Rn. 691) (s. ferner nur Rn. 681 [„Abwertung des rechtlichen Status" für Eingebürgerte mit Migrationshintergrund]; 696 [„umfassende rechtliche Gleichstellung"]). Siehe jetzt ferner auch BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19 (NPD/Heimat), Rn. 339 (Abwertung des rechtlichen Status), 341 („unter der Überschrift ‚Deutschland den Deutschen' legt die Antragsgegnerin dar, dass durch massenhafte Einbürgerungen [...] das Existenzrecht des deutschen Volkes infrage gestellt" würde).

[21] VG Köln, Urt. v. 28.3.2022, 13 K 326/21, Rn. 930; für die Junge Alternative (JA): Rn. 218-530; für den „Flügel": Rn. 531-842; für die Gesamtpartei: Rn. 844-965.

[22] S. etwa Rn. 330-355, 347, für die JA.

Meinungsäußerungen innerhalb einer politischen Partei „ohnehin zumindest nahe“ liege, „dass sie mit der Intention einer entsprechenden Änderung der realen Verhältnisse abgegeben werden“, da politische Parteien „gerade auf die Veränderung der politischen Verhältnisse ausgerichtet“ sind (363-371, 665).

17. Natürlich müssten der Entscheidung für einen Verbotsantrag, wie etwa Möllers, Waldhoff oder Thiele zu Recht betonen, eine weitergehende Prüfung und sorgfältige Vorbereitung vorangehen. Diese Prüfung würde insbesondere eine eingehendere Untersuchung der verschiedenen Strömungen innerhalb der jeweiligen Landesverbände der AfD einschließen müssen.

Nach dem Urteil des VG Köln von 2022 kann der verbleibende weitere Prüfungsbedarf keine Ausrede mehr dafür sein, untätig zu bleiben

18. Auf der anderen Seite darf aber der noch verbleibende weitere Prüfungsbedarf nicht als Ausrede dafür benutzt werden, sich dem deutlichen Befund zu verschließen, der sich schon nach Sichtung dessen aufdrängt, was bereits offen zu Tage liegt.

Gerichtsfestere Belege als die bereits jetzt dokumentierten zahllosen öffentlichen verfassungsfeindlichen Äußerungen gerade auch von führenden Mitgliedern dieser Landesverbände, lassen sich kaum vorstellen. Das gilt auch dann, wenn man womöglich noch notwendige Bereinigungen um Äußerungen etwaiger V-Leute (vgl. BVerfGE 144, 20 [Rn. 406 ff., 427 ff.]) in Rechnung stellt.

Den so genannten „Flügel“ der AfD, der von Björn Höcke mitbegründet und maßgeblich geprägt wurde, stufte das Bundesamt schon im März 2020 als gesichert rechtsextremistische Bestrebung ein. Auf Druck des Bundesvorstandes löste sich der Flügel im April 2020 zumindest formal auf. Das VG Köln verneinte in einem Parallelurteil zur Verdachtsfall-Entscheidung, ebenfalls vom 8. März 2022 (13 K 207/20), deshalb eine gesichert rechtsextremistische Bestrebung, weil es nicht als gesichert ansah, ob der Flügel als Gruppierung noch fortexistiert. Es bejahte aber weiterhin einen Verdachtsfall sowohl für die Fortexistenz des Flügels als auch für seine verfassungsfeindliche Ausrichtung (531, 794).

Nach dem Parteiaustritt des langjährigen Co-Bundessprechers Meuthen Ende Januar 2022, wenige Wochen vor dem Verdachtsfall-Urteil des VG Köln, gelang es der von den Mitgliedern des Flügels geprägten Strömung in der AfD, auf dem Bundesparteitag in Riesa im Juni 2022 etwa zwei Drittel des Bundesvorstands zu besetzen. Wenn ich eingangs sagte, dass die Demokratie in Deutschland brennt, so bezieht sich das gerade auch auf den Prozess der zunehmenden Radikalisierung innerhalb der AfD, der gerade auch im letzten Jahr noch einmal deutlich Fahrt aufgenommen hat.

19. Das Verdachtsfall-Urteil des VG Köln[23] erläutert im Einzelnen, wie im Flügel neben den Begriffen der „Umvolkung“ und des „(Großen) Austauschs“, auch der Begriff des „Volkstodes“ verwendet wird, der der Ideologie des Nationalsozialismus entnommen ist (548 ff.), und das, obwohl ein von Murswiek 2018 für die AfD erstelltes Gutachten[24] ausdrücklich empfahl, solche „Reizwörter“ zu vermeiden (552).

20. Neben den schon zitierten Äußerungen Björn Höckes (s. Teil I, unter 23.), seien nur einige wenige, exemplarische weitere Äußerungen genannt. Sie zeugen von deutlich menschenwürdewidrig ausgerichteten Konzepten. Einige davon stammen aus den sozialen Medien, in denen die AfD bislang bekanntlich wesentlich effektiver und erfolgreicher agiert als die älteren Parteien. Der Co-Fraktionsvorsitzende der AfD von Sachsen-Anhalt, der an dem Potsdamer Treffen teilgenommen haben soll, ist mit nunmehr offenbar über 360 Tausend Followern auf TikTok anscheinend einer der erfolgreichsten deutschen Politiker auf dieser Plattform. Die Auftritte der AfD in den

[23] VG Köln, Urt. v. 8. März 2022 (13 K 326/21).

[24] Siehe Murswiek, Rechtliche Voraussetzungen für die Beobachtung einer politischen Partei durch den Verfassungsschutz, Kurzgutachten und Handlungsempfehlungen für die AfD, erstellt im Auftrag der Bundesgeschäftsstelle der AfD, Oktober 2018, https://www.afd.de/wp-content/uploads/2019/01/2018-10-22_vs-kurzgutachten_prof-murswiek_voraussetzungen-allgemein.pdf, S. 33 („[e]s gibt zu diesem Themenbereich bestimmte Reizwörter“; „z.B.“: „Überfremdung“, „Umvolkung“, „Großer Austausch“, „Volkstod“, „Bezeichnung von Immigranten als ‚Invasoren‘“, „Darstellung der Einwanderung als von den politischen Eliten planmäßig betriebener Prozess mit dem Ziel, die deutsche Kultur / das deutsche Volk durch eine andere Bevölkerung zu ersetzen“) und 41 („[e]s gibt bestimmte Reizwörter, die der Verfassungsschutz als typisch rechtsextremistisch ansieht […]“; „Einige solcher Reizwörter habe ich schon genannt.“; „Es dürfte aber regelmäßig möglich sein, das, was man meint, zu formulieren, ohne solche als anstößig geltenden Begriffe zu verwenden. – Es empfiehlt sich vielleicht, aus den Verfassungsschutzberichten eine Liste solcher zu vermeidender Begriffe zu erarbeiten.“).

sozialen Medien sind seit langem inhaltlich deutlich ungefilterter und radikaler als in den (von ihr gezielt als parteilich verunglimpften) etablierten Qualitätsmedien.

„Messerkultur" und „Özdemirs und Özuguzes"

21. Der Fraktionsvorsitzende der AfD in Sachsen 2018 warnte etwa Mädchen davor, „eine Beziehung zu jungen Männern aus der Messerkultur einzugehen" (VG Köln, Rn. 677, 678-684). In einem Facebook-Beitrag bezeichnete er muslimische Flüchtlinge pauschal als Vergewaltiger und Mörder und forderte: „Liebe Eltern! [...] Warnt Eure Mädchen eindringlich vor jedem Kontakt mit muslimischen Jungs und Männern!" (684). 2019 forderte er auf Facebook: „Der Verfassungsschutz gehört [...] in jede Moschee!" (725).

22. Der stellvertretende Fraktions- und Landesvorsitzende der AfD in Sachsen-Anhalt, bekundete 2016: „Religionsfreiheit muß unter den stärkstmöglichen Kulturvorbehalt gestellt werden. [...] Die Väter des Grundgesetzes [...] haben ganz sicher nicht die Anwesenheit von Millionen von Muslimen vorhergesehen. Das Grundgesetz ist nicht für den Islam gemacht." (718). 2019 sprach er von einer „Falschdifferenzierung in einen angeblich harmlosen Islam und einen gefährlichen Islamismus" und führte aus: „Es gibt nur den einen Islam [...] [N]icht die AfD ist ein Prüffall für den Verfassungsschutz, sondern jede Moscheegemeinde im Land." (722).

23. Eine Bundestagsabgeordnete und Beisitzerin im Bundesvorstand der AfD, die als süddeutsche Stimme des Flügels gilt, forderte in einem Facebook-Beitrag von 2017, das „Wahlrecht nach Abstammung" wieder einzuführen: „Wir brauchen wieder das Wahlrecht nach Abstammung, wie es vor 2000 war. Ansonsten werden in Zukunft Özdemirs und Özuguzes die politischen Entscheidungen in Deutschland herbeiführen – aller Voraussicht nach gegen den Willen der ethnischen deutschen Bevölkerung." (650).

Mit dem Verweis auf Özdemirs und Özuguzes nahm sie ersichtlich Bezug auf Cem Özdemir, heute Bundeslandwirtschaftsminister, und Aydan Özoğuz, heute Bundestagsvizepräsidentin. Mit anderen Worten: Sie warnte davor, dass Amtsträger mit türkischem Migrationshintergrund Entscheidungen gegen den„Willen der ethnischen deutschen Bevölkerung" treffen würden.

2021 verlangte dieselbe Bundestagsabgeordnete der AfD: „Deutschland darf nicht zum Fremdland werden! [...] Jede einzelne Aufnahme weiterer kulturfremder Menschen in Deutschland bedeutet einen weiteren Schritt zum kulturellen Selbstmord unserer Nation"(VG Köln, Rn. 800 f.).

24. Nachdem ich im ersten Teil dieses Beitrags vor allem auf die Grundrechtsverwirkung eingegangen bin, habe ich in diesem zweiten Teil die Voraussetzungen für ein Parteiverbot behandelt, bin näher auf die Rolle des Volksbegriffs und der Staatsrechtslehre in der Debatte zu sprechen gekommen und habe schließlich erläutert, warum aus meiner Sicht die radikalen Landesverbände der AfD mit hoher Wahrscheinlichkeit die Verbotsvoraussetzungen erfüllen.

Im abschließenden dritten Teil werde ich erläutern, warum ich in diesen Fragen nicht befangener bin, als weniger persönlich betroffene Rechtswissenschaftler:innen – und warum die in der Staatsrechtslehre und bei vielen andern Amtsträger:innen weit verbreitete zurückgelehnt abwartende Haltung in Sachen Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot sich kaum mit der Verfassungstreuepflicht vereinbaren lässt. Sie engt das politische Antragsermessen für solche Anträge um so stärker ein, je klarer ihre Voraussetzungen erfüllt sind, und sie reduziert das Antragsermessen auf Null, wenn, wie hier, die Voraussetzungen hinreichend klar vorliegen und die zu erwartenden Nachteile die Vorteile eines Antrags jedenfalls nicht klar und eindeutig überwiegen.

Transparenzhinweis: Im Beitrag wurden (unter 13.) am 16.10. Änderungen vorgenommen, weil die Aussage laut LG Hamburg, Beschl. v. 26.2.2024, 324 O 61/24, juris, Rn. 12 f., „prozessual unwahr" ist, dass der dortige Antragsteller „wenigstens sinngemäß gesagt habe, dass die Wahrscheinlichkeit, dass Wahlprüfungsbeschwerden Erfolg hätten, umso größer sei, je mehr Beschwerden eingelegt würden".

Im Einzelnen wurde im Haupttext unter 13., auf anwaltliche Aufforderung hin am 16.10.2024 der ursprünglich dort enthaltene, folgende Satz entfernt: „Er soll sich dort zu dem Vorschlag, ‚vor den kommenden Wahlen ein Musterschreiben' zu entwickeln, ‚um die Rechtmäßigkeit von Wahlen in Zweifel zu ziehen', positiv geäußert haben: ‚Je mehr mitmachten, [···], umso höher die Erfolgswahrscheinlichkeit.' ", weil die Aussage laut LG Hamburg, Beschl. v. 26.2.2024, 324 O 61/24, juris, Rn. 12 f., „prozessual unwahr "ist, dass der dortige Antragsteller „wenigstens sinngemäß gesagt habe, dass die Wahrscheinlichkeit, dass

Wahlprüfungsbeschwerden Erfolg hätten, umso größer sei, je mehr Beschwerden eingelegt würden“ und der dort „unstreitige Umstand, dass der Antragsteller geäußert hat, dass es möglich sei, Wahlprüfungsbeschwerden einzureichen und dazu Musterschreiben zu entwickeln“, nicht besage, dass er „geäußert habe, dass die Erfolgswahrscheinlichkeit von Wahlprüfungsbeschwerden steige, wenn diese in besonders großer Zahl eingereicht würden“.

Am 6.11. wurde der zusätzliche Hinweis auf diese Änderung im unmittelbaren Anschluss an den Haupttext hinzugefügt sowie der Link auf den Correctiv-Text gelöscht. Zur Debatte über den Correctiv-Text vgl. auch die Transparenzhinweise am Ende des ersten Teils dieses Beitrags.

Am 25.9.2025 wurde aufgrund einer weiteren Entscheidung des LG Berlin (27 O 135/25) unter 13. eine weitere Änderung vorgenommen.

Entfernt wurde aufgrund der Entscheidung des LG Berlin (27 O 135/25) (zu dieser näher hier) unter 13. der folgende Satz: “An die Ausbürgerungsideen in Sellners Vortrag soll er sich danach nicht erinnern können, wohl aber bestätigt haben, auf dem Treffen mit Blick auf Briefwahlen über „seine Bedenken in Bezug auf junge Wählerinnen türkischer Herkunft “gesprochen zu haben, „die sich keine unabhängige Meinung bilden könnten “.” Dieser Satz über den Correctiv-Bericht wurde entfernt, weil es sich (erstens) bei den Ausführungen im Correctiv-Bericht, in den Äußerungen des Verfassungsrechtlers sei es um “Bedenken in Bezug” auf Wählerinnen türkischer Herkunft gegangen, “die sich keine unabhängige Meinung bilden könnten”, laut der Entscheidung des LG Berlin (hier nach dem genannten LTO-Bericht wiedergegeben) um eine “unwahre Tatsachenbehauptung oder um eine Meinungsäußerung” handelt, “die ‘willkürlich aus der Luft gegriffen’ sei” , und weil (zweitens) die Aussage im Correctiv-Bericht, der Verfassungsrechtler habe entsprechende Ausführungen “bestätigt” , laut der Entscheidung des LG Berlin (laut LTO) ebenfalls als unwahre Tatsachenbehauptung einzustufen sei (näher nochmals hier).

Mathias Hong

Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände (Teil III)

doi: 10.59704/ba936071d64ebfc9

Das demokratische Haus in Deutschland brennt. Es ist höchste Zeit, die Instrumente der streitbaren Demokratie gegen Landesverbände der AfD einzusetzen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig sind, wie die in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Warum die Voraussetzungen für Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot dort vorliegen, und die Verfassungstreue es auch verlangt, sie zu beantragen, soll dieser dreiteilige Beitrag begründen.

In Teil I habe ich erläutert, warum ein Antrag auf Grundrechtsverwirkung mit Wählbarkeits- und Ämterausschluss gegen einzelne herausgehobene Führungspersonen solcher Landesverbände hohe Erfolgsaussichten hat, und in Teil II, warum das auch für einen Parteiverbotsantrag gilt.

In diesem abschließenden dritten Teil werde ich die dritte These des Beitrags begründen: Die Verfassungstreuepflicht engt das politische Antragsermessen für solche Anträge umso stärker ein, je klarer ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Sie reduziert dieses Ermessen auf Null und begründet eine Antragspflicht, wenn, wie hier, die Voraussetzungen hinreichend klar vorliegen und die zu erwartenden Nachteile die Vorteile eines Antrags jedenfalls nicht klar und eindeutig überwiegen. Sie verlangt zudem auch von allen Amtsträger:innen, nicht zuletzt auch von der Staatsrechtslehre, sich stärker gegen diese Bedrohung der freiheitlichen Demokratie zu wenden, als das bislang vielfach geschieht.

Zuvor möchte ich aber noch auf eine Frage eingehen, die für die Forschung im Antidiskriminierungsrecht nicht selten relevant wird, nämlich ob ich für eine Stellungnahme zu diesen Themen nicht aufgrund meiner eigenen Betroffenheit zu „engagiert“ und damit befangen bin.

Menschenwürde ist kein Partikularinteresse

1. In den ersten beiden Teilen dieses Beitrags habe ich schockierende Befunde über verfassungsfeindliche Äußerungen aus den radikalen Teilen der AfD präsentiert, die sich aus dem Verdachtsfall-Urteil des VG Köln von 2022 ergeben.

Rechtswissenschaftler:innen und Amtsträger:innen, die sich trotz solcher Befunde vornehm zurücklehnen und auf weitere nötige Prüfungen verweisen, bevor über eine Grundrechtsverwirkung oder ein Parteiverbot von Landesverbänden überhaupt näher nachgedacht werden könne, werden nach meinem Eindruck ihrer Verantwortung für den Schutz der Verfassung nicht gerecht.

Bin ich nicht aber in dieser Sache befangen, weil ich von einem rassistischen Ausschluss selbst betroffen wäre, wie ihn diese radikalen Teile der AfD befürworten?

Nun, wären alle, die ein solcher Ausschluss nicht oder nicht direkt persönlich betrifft, dann nicht gleichermaßen befangen?

Wenn es darum geht, dass Angehörige einer Gruppe die einer anderen Gruppe diskriminieren, dann sind weder die Angehörigen der diskriminierten Gruppe noch die der nichtdiskriminierten Gruppe neutral. Darauf hat zu Recht Susanne Baer in ihrer Abschiedsrede als Richterin des Bundesverfassungsgerichts eindrücklich hingewiesen: „Wenn Sie mich in Verfahren mit Bezug auf gleichgeschlechtliche Paare für befangen halten, dann sind das ja alle heterosexuellen Kolleg:innen, wenn ihre Lebensweise irgendwie von Bedeutung ist, auch.“[1]

2. Wir alle unterliegen den üblichen Verzerrungsfehlern (Verfügbarkeitsheuristik, Confirmation Bias), aufgrund derer wir unsere persönlichen Eindrücke und Erfahrungen tendenziell überbewerten.

Möglicherweise überschätze ich also deshalb tendenziell die Größe der völkisch-autoritären Gefahr. Eben-

[1] Nach Rath, in: LTO v. 27.5.2023); s. auch Baer, Zuhören und dazu gehören, in: JZ 2023, 655 (656).

so wahrscheinlich ist es dann aber, dass alle diejenigen, die von ihren Anzeichen weniger stark persönlich betroffen werden, ihre Größe tendenziell zu gering einschätzen. Die unausweichliche Subjektivität der Perspektiven [2] kann nur in einem wissenschaftlichen Diskurs überschritten werden, in den die ganze Diversität[3] der Perspektiven eingeht.

3. Was in Gleichbehandlungsfragen als „natürlich", „normal" und „neutral" zu gelten hat, lässt sich dabei nur ausgehend von der normativen Wertung einer gleichen Würde aller herausfinden, die eine demokratische Inklusion durch Recht verlangt.[4]

Wenn ungleich Behandelte eine Diskriminierung anprangern, sehen manche stets den Verdacht im Raum stehen, dass diese damit „verkappt doch nur eigene Partikularinteressen" fördern und sich persönliche Vorteile verschaffen wollten (so Reimer[5]). Das lässt aber außer Acht, dass diejenigen, die einen diskriminierenden Status Quo, von dem sie persönlich profitieren, aufrechterhalten wollen, dann doch unter dem exakt gleichen Verdacht stehen müssten.

Auf eine solche Heuristik der gegenseitigen Verdächtigung sollten wir uns in der wissenschaftlichen Debatte über Diskriminierungen gar nicht erst einlassen. Der Schutz der gleichen Würde und Rechte aller unter dem Grundgesetz kann doch schließlich wohl kaum als ein Partikularinteresse gelten. Auch wenn wir stets darüber streiten werden und müssen, wie er am besten zu erreichen ist: Der Schutz der gleichen Menschenwürde aller, also des „obersten" Wertes der Verfassung,[6] ist kein Partikularinteresse. Er sollte unser aller Interesse sein.

Die Schutzverantwortung für die Menschenwürde

4. Gärditz weist zu Recht beharrlich auf die gemeinsame Schutzverantwortung aller für die Menschenwürde auch derer hin, deren Rechte von der Agitation verfassungsfeindlicher AfD-Landesverbände nicht erst im Fall einer Machbeteiligung, sondern bereits jetzt bedroht werden (siehe hier, hier und hier): „Anstatt immer sorgenvoll über diejenigen zu sprechen", die die radikalen Landesverbände der AfD nach einem Verbot „nicht mehr wählen könnten, sollten wir über die Menschen nachdenken, für die diese Partei eine reale Bedrohung ist".

Man muss es „sich leisten können", solche radikalen Kräfte nur politisch zu bekämpfen, auch wenn ihr Einfluss, trotz aller politischen Bemühungen, weiter bedrohlich wächst. Die Kosten so „abgebrühter Liberalität sind", wie Gärditz zu Recht betont, „recht ungleich verteilt": „Die ersten Leidtragenden sind vor allem vulnerable Personengruppen, die längst als Feindbild markiert wurden und dann Repressalien unterworfen werden."

Leider steht er mit dieser eindringlichen Mahnung, soweit ich das überblicken kann, unter den Professor:innen des Öffentlichen Rechts bislang doch noch vergleichsweise einsam da.

Unsere Würde in Euren Händen - und unser gemeinsames „Wir" als Deutsche jeder Abstammung und Kultur

Es geht hier um die fundamentale Frage, wer wir sein wollen. Auch ungeachtet der Problematik der Geburtsrechtslotterie[7] gibt es gute Gründe, am Konzept der Nationalstaaten und der Staatsbürgerschaft festzuhalten. „Wir" Deutsche sollten dann aber untereinander keine an die Abstammung oder an kulturelle Pauschalzuschreibungen anknüpfenden Unterscheidungen zwischen „gut integrierten" oder weniger gut integrierten Deutschen zulassen.

Es greift hier freilich, wie stets bei Diskriminierungen, das Dilemma der Differenz:[8] Es kann nötig sein, die Unterscheidungen, die überwunden werden sollen, solange

[2] Kahan/Hoffman/Braman/Evans/Rachlinski, „They Saw a Protest": Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction, Stanford L. Rev. 64 (2012), 851-906.

[3] Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021 (open access hier: https://doi.org/10.5771/9783748927617).

[4] Zur argumentativen Trias „natürlich", „normal", „neutral" s. Mangold/Payandeh, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 1 Rn. 84.

[5] Reimer, Strukturelle, institutionelle und alltägliche Benachteiligungen – kein Thema des Diskriminierungsverbots, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022 (open access hier), S. 141 (153 Fn. 61) (zu Forderungen etwa nach höheren Frauenanteilen).

[6] Siehe nur BVerfGE 5, 85 (204); 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 98 (106); 75, 369 (380); 96, 375 (399); 144, 20 (Rn. 538).

[7] Shahar, The Birthright Lottery, Citizenship and Global Inequality, 2009.

[8] Hong, „Rasse" im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil V), Verfassungsblog v. 24.7.2020, unter 9.

zu benennen und sich zu eigen zu machen, wie die strukturellen[9] oder individuellen Diskriminierungen andauern, die darauf beruhen.

Wenn „wir" Deutsche mit bestimmten internationalen Biographien, an deren äußerliche Wahrnehmbarkeit Verfassungsfeinde rassistische und vergleichbare Diskriminierungen anknüpfen, „uns" als Gruppe verstehen, weil „wir" diese Diskriminierungserfahrung miteinander teilen, dann muss das gerade keine gleichheitsfeindliche Essenzialisierung bedeuten, sondern richtet sich gerade dagegen, dass andere versuchen, das größere „Wir" aller Deutschen durch solche Zuschreibungen aufzuspalten.

Wie Bilgen in seinem eindrücklichen Beitrag deutlich gemacht hat, liegt „unsere Würde" deshalb in „euren" Händen. Unsere Würde als Eingebürgerte oder Kinder von Eingebürgerten liegt in den Händen derjenigen Deutschen, die nicht von solchen Ausgrenzungen direkt betroffen sind. Es ist deshalb auch zu begrüßen, wenn der Bundeskanzler uns versichert: „Sie gehören zu uns." „Wir", als Deutsche jeder Abstammung und Kultur, ebenso wie als Menschen, müssen diese Unterscheidung zugleich aber auch überschreiten können: „Unsere" Würde als Deutsche und als Menschen liegt in unseren gemeinsamen Händen.

Die Bedeutung der Wachsamkeit und Abgrenzungsbereitschaft gerade in den Eliten

5. Wir dürfen in der deutschen Staatsrechtslehre nicht den Fehler machen, den man unter den Verfassungsrechtsprofessor:innen in den Vereinigten Staaten vor 2016 beobachten konnte, nämlich eine zu zögerliche und zu schwache Realisierung der drohenden Gefahr, der dann das böse Erwachen folgt, dass das eigene Haus abbrennt.

Das gilt auch dann, wenn glücklicherweise die dortige Polarisierung hier noch nicht festzustellen zu sein scheint, sondern derzeit (noch) eine große Mehrheit der Bevölkerung nichtextreme Auffassungen teilt.[10]

Wie rasant sich, gerade im Zeitalter der sozialen Medien, die Dinge auch wieder ändern können, sollten Brexit und Trump jedoch hinreichend deutlich gezeigt haben. Es wäre deshalb ein fataler Irrtum, ausgerechnet in Deutschland, nach nur 75 Jahren stabiler Verfassung unter glücklichen Umständen, zu glauben, das Land sei nunmehr immun gegen eine Überwältigung durch autoritär-populistische Kräfte.

6. Funktionieren zur Eindämmung extremistischer Parteien aber nicht generell Kooperation und Integration besser als Brandmauern? Vergleichende politikwissenschaftliche Untersuchungen zu rechtspopulistischen Parteien scheinen eher in die Gegenrichtung zu deuten:[11] Rechtsextreme Positionen zu kopieren, hilft danach wenig dabei, Wählende zurückzugewinnen, verschafft aber diesen Ansichten Legitimität; auch eine Kombination von Abgrenzung, Konfrontation und Kollaboration scheint allenfalls dann Erfolgsaussichten zu haben, wenn Brandmauern zu der bekämpften Partei konsequent aufrecht erhalten werden.[12]

Die Verantwortung für den Aufstieg populistischer Parteien wird weniger darauf zurückgeführt, dass es ihnen gelänge, in einer „Welle" neue Anhänger zu überzeugen, sondern eher darauf, dass sie bereits vorhandene Reservoirs, gerade von Nichtwählenden, mobilisieren.[13] Es ist danach weniger eine vermeintlich „dümmer" werdende Bevölkerung, sondern maßgeblich auch die Bereit-

[9] Zu struktureller Diskriminierung s. eingehend Markard, Struktureller und institutioneller Rassismus – die juristische Perspektive auf unterschiedliche Erscheinungsformen, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022 (open access hier), S. 161 ff.

[10] Mau/Lux/Westheuser, Triggerpunkte, 2023, S. 379-395 (graphisch dargestellt sei die Meinungsverteilung, anders als in den Vereinigten Staaten von Amerika, in Deutschland weiterhin nicht „Kamel, sondern Dromedar").

[11] Vgl. den Forschungsüberblick von de Jonge/Heinze, How to Respond to the Far Right, Verfassungsblog v. 14.8.2023, der Strategien vergleicht („demarcation, confrontation or accomodation"), Kontextabhängigkeit betont, aber generell die Risiken einer Kollaboration als größer bewertet als ihren Nutzen („the bottom line is that the risks of collaboration outweigh the benefits").

[12] De Jonge/Heinze (ibid.) („[M]ore recent studies have shown that adopting far-right positions does not help to win back voters but in fact, contributes to legitimising the pariah's views and agenda…"; zur Kombination von „demarcation, confrontation and collaboration": „copying (or ‚parroting')… can work…, but only if that party is also systematically isolated"; „evidence from Belgium suggests that demarcation can actually work"; „When a cordon is truly ‚watertight' [for media and mainstream parties], it can deprive the far right of the oxygen they need").

[13] So die These bei Bartels, Democracy Erodes From the Top: Leaders, Citizens, and the Challenge of Populism in Europe, 2023 (dazu: J.-W. Müller, in: The Chronicle of Higher Eduction, January 5, 2024, https://www.chronicle.com/article/the-best-scholarly-books-of-2023).

schaft von Menschen in hohen Positionen, gerade auch in Politik und Wissenschaft, einer vermeintlich stärker werdenden Attraktivität hin zu populistischen Positionen zu wenig Abgrenzungswillen entgegenzusetzen: *It's the elites, stupid.*

In einer paradoxen Umkehrung enthielte damit der populistische Slogan immerhin ein Körnchen Wahrheit: Nicht das Volk, sondern die unzureichende Bereitschaft gerade auch der Eliten, die Demokratie als Herrschaft von Freien und Gleichen offensiv zu verteidigen, ist schuld, wenn diese Demokratie derzeit zunehmend unter Druck von rechtsaußen gerät.

Verfassungstreue und Antragsermessen

7. Ich komme damit zu meiner dritten These: Die Verfassungstreuepflicht engt das Antragsermessen für Grundrechtsverwirkung und Landesverbände-Verbote ein, und sie verlangt von allen Amtsträger:innen, vor allem aber auch von den Professor:innen des Öffentlichen Rechts, dieser Gefahr entgegenzuwirken.

Die Verfassungstreuepflicht bindet als hergebrachter Grundsatz nach Art. 33 V GG das gesamte Berufsbeamtentum und wird in Art. 5 III 2 GG und den Amtseidregelungen des Art. 56 und 64 GG vorausgesetzt. Für die Beamt:innen in den Ländern, zu denen ja auch die meisten Staatsrechtslehrer:innen gehören, ist sie in § 33 I 3 BeamtStG ausbuchstabiert: Sie müssen sich „durch ihr gesamtes Verhalten" zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung „bekennen" und „für deren Erhaltung eintreten".

Die Befassungspflicht: Welche rechtlichen Instrumente stehen zur Verteidigung der Demokratie zur Verfügung - und sollten sie auch eingesetzt werden?

8. Daraus folgt, denke ich, zunächst einmal eine Befassungspflicht, also die Pflicht, sich näher mit der Frage zu befassen, ob und welche auch rechtlichen Instrumente zur Verteidigung der Verfassungsordnung in Betracht kommen, und sich eine eigene Meinung darüber zu bilden, ob deren Voraussetzungen erfüllt sind und ob solche Mittel dann eingesetzt werden sollten. Wie soll ich aktiv zur Verteidigung der Verfassung beitragen, wenn ich keine eigene Meinung dazu habe, ob rechtlich dafür bereitstehende Mittel auch eingesetzt werden sollten oder nicht?

Für Wissenschaftler:innen kann damit natürlich keine Pflicht gemeint sein, diese Frage auch zum Gegenstand eigener Forschung zu machen, das wäre mit der Forschungsfreiheit aus Art. 5 III 1 GG unvereinbar. Aber da auch sie darauf verpflichtet sind, die Grundordnung durch ihr „gesamtes Verhalten" zu verteidigen, ist gerade auch von ihnen zu verlangen, dass sie sich diesen Fragen näher widmen.

Das gilt nicht zuletzt für die Professor:innen des Öffentlichen Rechts. Nicht nur ist aufgrund ihrer Fachkompetenz gerade von ihnen zu verlangen, dass sie sich eine fundierte eigene Meinung zum Vorliegen der Voraussetzungen für Verbot und Verwirkung bilden. Sondern sie dürfen auch der weitaus schwierigeren und nicht rein juristisch zu beantwortenden Frage nicht ausweichen, ob der Einsatz dieser Instrumente zur Verteidigung der Demokratie sinnvoll und geboten ist.

Die Grenzen des politischen Antragsermessens: Je klarer die Voraussetzungen erfüllt sind, desto geringer das Ermessen

9. Das Antragsermessen für Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote ist zwar ein politisches Ermessen. Es kann aber kein vollständig unbegrenztes Ermessen sein, sondern es muss pflichtgemäß ausgeübt werden (vgl. BVerfGE 5, 85 [113, 129 f.: „Grenzen dieses politischen Ermessens"]).

10. Die Verfassungstreuepflicht verlangt einen umso stärkeren Einsatz für die Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, je stärker die davon ausgehende Bedrohung ist.

Es muss deshalb gelten: Je klarer die Voraussetzungen einer Verwirkung oder eines Verbots erfüllt sind, desto geringer ist das Ermessen.

Das lässt sich insbesondere aus der Regelungstechnik von Art. 18 und Art. 21 II GG ableiten. Beide Vorschriften kombinieren eine materielle Rechtsfolgenanordnung, die schon die Verfassung selbst ausspricht, mit einer formalen Monopolisierung der Feststellungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht. Parteien „sind" verfassungswidrig, so sagt Art. 21 II GG, wenn sie darauf ausgehen, die Grundordnung zu beeinträchtigen. Und es „verwirkt" die in Art. 18 GG genannten Grundrechte, wer sie zum Kampfe gegen die Grundordnung missbraucht. Zwar kann formal nur das Bundesverfassungsgericht Verwirkung oder Verbot konstitutiv und rechts-

verbindlich feststellen, erst danach können daraus rechtliche Konsequenzen gezogen werden.[14] Trotzdem trifft materiell schon die Verfassung selbst die Bewertung, dass Verwirkung und Verbot bei Vorliegen der Voraussetzung die Rechtsfolge sind.[15]

Aus diesen verfassungsrechtlichen Wertungen muss, denke ich, in Verbindung mit der Verfassungstreuepflicht die beschriebene Begrenzung des Antragsermessens folgen.

11. Soweit das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung davon ausging, es werde „in aller Regel" ausreichen, wenn die Antragsberechtigten auch bei einer Partei, „die sie für verfassungswidrig [...] halten", „zunächst" versuchen, sie durch die „politische Auseinandersetzung in die Schranken verweisen zu lassen und dadurch ein Verbotsverfahren überflüssig zu machen" (vgl. BVerfGE 40, 287 [292]), so erging diese Entscheidung noch unter der früheren Auslegung des Art. 21 II GG, nach der Parteien auch schon dann verfassungswidrig sein konnten, wenn es „nach menschlichem Ermessen keine Aussicht" gab, dass sie ihre Absichten „in absehbarer Zukunft" verwirklichen können (vgl. BVerfGE 5, 85 [143]).

Nachdem das NPD-Urteil daran (zu Recht) nicht mehr festgehalten hat und nunmehr zumindest die Möglichkeit einer Umsetzung der verfassungsfeindlichen Konzepte der Partei verlangt – und zwar nicht zuletzt, damit das Parteiverbot kein bloßes „Gesinnungsverbot" werden kann (vgl. BVerfGE 144, 20 [Rn. 585 f.]) – muss die nunmehr mit der Verfassungswidrigkeit notwendig verbundene Potentialität einer Machtteilhabe auch im Rahmen des Ermessens Berücksichtigung finden.[16] Dem entspricht es auch, wenn das Bundesverfassungsgericht gerade der NPD (für die es diese Potentialität dann später ja gerade verneint hat) 2013 entgegengehalten hat, dass sie „nicht behaupten" könne, das Ermessen der Antragsberechtigten für einen Verbotsantrag gegen sie selbst sei „auf Null reduziert" (vgl. BVerfGE 133, 100 [Rn. 25]).

12. Das muss nicht immer schon dann eine Ermessensreduzierung auf Null bedeuten[17], wenn „keine ernsthaften Zweifel an der Verfassungswidrigkeit" bestehen, „also" die Erfolgsaussichten eines Antrags als „hoch einzuschätzen" sind, und „die Bemühungen, die Partei politisch zu bekämpfen, binnen einer nicht zu lang zu bemessenden Zeit es nicht vermocht" haben, „sie zu schierer Bedeutungslosigkeit zu reduzieren", wie es Hans H. Klein[18] und, ihm folgend, Fischer-Lescano annehmen.

Diese Voraussetzungen wären, recht verstanden, für die radikalen Landesverbände der AfD ohne weiteres erfüllt, sind sie doch bereits bei weitem zu erfolgreich als dass eine Reduzierung „zu schierer Bedeutungslosigkeit" mit rein politischen Mitteln noch sinnvoll erwartbar erscheint.

13. Eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge einer Antragspflicht kann jedoch, einerseits, nicht ganz ohne Berücksichtigung der politischen Folgenabschätzung durch die Antragsberechtigten angenommen werden.

In der ebenso wichtigen wie, gerade für Jurist:innen, schwierigen Debatte um die Folgenabwägung kommt mir, andererseits, aber bislang zu kurz, dass auch die Verfassung selbst dafür eine grundsätzliche historische Bewertung speichert: Verfassungsfeindschaft soll, un-

---

[14] E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 537, Rn. 1203.

[15] Vgl. für diesen Argumentationsgang auch E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020 S. 530, Rn. 1192.

[16] Anderer Ansicht aber etwa Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 43 Rn. 19 (der weiterhin „in aller Regel" in der Entscheidung eine „ureigene (politische) Aufgabe" sieht); Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 34 Rn. 14 („Entscheidungsfreiheit"; Reduzierung auf Null komme „nicht ernsthaft in Betracht"); Peterek, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 36 Rn. 17 („freie[s] Ermessen"). In die hier vertretene Richtung aber wohl i.Erg. auch Dollinger, ibid., § 43 Rn. 32, der zwar den politischen Charakter des Ermessens betont, aber offenbar eine Antragspflicht doch „etwa" dann erwägt, „wenn die Partei eine besondere Gefahrenlage schafft und ihre Verfassungswidrigkeit evident ist".

[17] Eine Reduzierung auf Null kann „bei der Konzeption pflichtgemäßer Ermessenausübung theoretisch nicht von vornherein ausgeschlossen werden", so zutr. E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 530, Rn. 1193; s. auch von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 43 (Bearb. 2020) Rn. 32 f. (nach Maßgabe der für und gegen einen Antrag sprechenden „gemeinwohlbezogene[n] Erwägungen"); für eine Antragspflicht schon bei Vorliegen der Voraussetzungen, soweit es sich nicht „um eine gänzlich bedeutungslose Partei handelt", s. auch bereits Seifert, DÖV 1961, 81 (85). Beim Verwirkungsantrag eine Reduktion auf Null (nur) bei Überzeugung vom Vorliegen der Voraussetzungen und gleichzeitiger Überzeugung, dass der Antrag „nützt und nicht schadet" erwägend: Vöneky, in: Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum GG, Art. 18 (Bearb. 2016) Rn. 61.

[18] H.H. Klein in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 21 (Bearb. 2018) Rn. 547.

ter strengen Voraussetzungen, grundsätzlich Verwirkung und Verbot nach sich ziehen.

In Weimar fehlte es, wie Lübbe-Wolff zu Recht betont, nicht unbedingt an rechtlichen Abwehrmitteln, sondern vor allem an dem „politische[n] Wille[n]", der NSDAP „das Handwerk zu legen".[19] Gerade deshalb darf heute bei der Ausübung des politischen Antragsermessens das rechtliche Gebot der Verfassungsverteidigung nicht außer Acht gelassen werden.

Sind die Voraussetzungen hinreichend klar erfüllt und überwiegen die dadurch drohenden Schäden nicht klar und eindeutig, besteht eine Antragspflicht

14. Eine zur Verfassungstreue verpflichtete Amtsträger:in kann, wenn ersichtlich verfassungswidrige Parteien oder ersichtlich missbräuchliche Grundrechtsausübungen die Grundordnung bedrohen, nicht ohne schwerwiegende Gegengründe darauf verzichten, nach Kräften auf die Stellung eines Antrags hinzuwirken. Mit Blick auf die äußerst schwierige Frage der politischen Folgenabwägung muss das, denke ich, die Beweislasten verschieben.

Sind, wie hier, die Voraussetzungen für Verwirkung oder Verbot mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt und ist die Bedrohung zugleich bereits zu groß, als dass von einer rein politischen Bekämpfung zu erwarten ist, sie dadurch noch zum Verschwinden bringen zu können, dann kann es für eine fehlerfreie Ermessensausübung nicht ausreichen, dass negative Folgen einer Antragstellung lediglich befürchtet werden oder nicht auszuschließen sind.

Die Schäden, die der Grundordnung durch einen Verwirkungsauspruch oder ein Verbot drohen, müssten dann vielmehr, nach gewissenhafter Einschätzung der Antragsberechtigten, als klar und eindeutig schwerwiegender zu bewerten sein als die Risiken, die sich aus einer sonst möglichen, rechtlich ungehinderten politischen Machtergreifung von Verfassungsfeinden ergeben.

Die Hinwirkenspflicht

15. Alle der Verfassungstreue unterworfenen Amtsinhaber:innen werden diese schwierige Folgenbewertung, für die Jurist:innen typischerweise nur unzureichend gerüstet sind, in Erfüllung ihrer Befassungspflicht für sich durchführen müssen.

Lassen sich in dieser Bewertung die durch einen Antrag drohenden Schäden jedoch nicht als klar und eindeutig schwerwiegender erweisen, reduziert sich das Ermessen auf Null. Für die Antragsberechtigten folgt dann aus der Verfassungstreuepflicht eine Antragspflicht. Für alle anderen auf die Verfassungstreue verpflichteten Amtsträger:innen, insbesondere auch für Bundes- und Landesminister:innen, besteht eine Pflicht, nach ihren Kräften und Möglichkeiten auf eine Antragstellung hinzuwirken.

Unabhängig von der Frage, ob oder wie weit die Beachtung solcher Ermessensgrenzen, einschließlich einer möglichen Antragspflicht, vor dem Bundesverfassungsgericht eingeklagt werden kann,[20] begründen sie jedenfalls materielle Vorgaben, die die Verpflichteten beachten müssen.

Welcher Schaden droht von solchen Anträgen? Stärken sie nicht nur radikal-populistische Kräfte und fördern Polarisierung?

16. Wie steht es nun mit dem möglichen Schaden und Nutzen solcher Anträge? Die stärksten Gründe, die gegen Verwirkung oder Verbot geltend gemacht werden, sind sicherlich die Befürchtungen, dass diese Maßnahmen den radikalen Teilen der AfD nur noch mehr Wählende in die Arme treiben könnten. Solche Maßnahmen werden zweifellos deren Narrativ bestärken, dass die Regierenden ohnehin korrupt und undemokratisch seien und die Sorgen des „echten" Volkes nicht ernst nähmen. Macht man die von Verwirkung oder Verbot Betroffenen also nicht nur zu Märtyrern, die von dieser Opferrolle dann politisch profitieren werden?

[19] S. auch Seifert, DÖV 1961, 81 (81 f., 85) (man habe „von den gegebenen rechtlichen Möglichkeiten", Parteien als Vereine nach § 2 Reichsvereinsgesetz und Art. 124 WRV zu verbieten, „keinen entschiedenen Gebrauch gemacht").

[20] Zur Frage einer möglichen Einklagbarkeit einer Antragspflicht siehe insbesondere H.H. Klein in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 21 (Bearb. 2018) Rn. 546 Fn. 10 (der zu Recht annimmt, dass eine auf grundrechtliche Schutzpflichten gestützte Verfassungsbeschwerde „[s]pätestens zu dem Zeitpunkt" zulässig werden muss, „zu dem eine verfassungswidrige Partei die politische Freiheit […] ernstlich bedroht", weil Schutzpflichten „staatliche Handlungspflichten namentlich dann aus[lösen], wenn die Rechtsordnung wirksame Schutzmaßnahmen bereits vorhält"). Skeptischer zu einer Einklagbarkeit demgegenüber E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 531, Rn. 1193; von Coelln, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 43 (Bearb. 2020) Rn. 33 („dürfte es keine Möglichkeit geben").

Steinbeis hat zu Recht darauf hingewiesen, dass man in dieser Situation sowieso ist. Denn es ist „ja gerade das Kennzeichen" autoritär-populistischer Parteien, „dass sie die Politik vor eine Art Doublebind-Dilemma stellen": Wenn man sie „mitspielen lässt, als wären sie eine ganz normale Partei, lässt man sie gewinnen". „Wenn man das nicht tut, lässt man sie auch gewinnen, weil sie damit dann ihre Erzählung füttern können […]." „Das muss man" aber, so Steinbeis zu Recht, als Demokratie „einfach aushalten". Denn eine Partei, die die demokratische Vielfalt als Ziel selbst nicht unterschreibt, sondern diese grundlegende demokratische Spielregel letztlich außer Kraft setzen will, kann man, wie Steinbeis betont, nicht so behandeln wie eine normale Partei.

Es trifft insofern zu, dass Verbots- und Verwirkungsverfahren auch ein Ausdruck demokratischer Hilfslosigkeit sind. Es wäre jedoch, wie Möllers zutreffend feststellt, ein „seltsamer Schluss von der Hilf- auf die Tatenlosigkeit", schon deshalb auf diese Verfahren zu verzichten.

17. Würden solche Anträge nicht aber auch die von autoritären Populisten erwünschte politische Polarisierung[21] befördern oder womöglich sogar unfriedliche Reaktionen provozieren?

Für Lübbe-Wolff spricht dieses Risiko, obwohl sie ein Verwirkungsverfahren empfiehlt, jedenfalls gegen ein Parteiverbotsverfahren: „Eine Partei zu verbieten, die ein Fünftel, regional sogar ein Drittel der Stimmbürger wählen will", so betont sie, „wäre ein politisches Abenteuer mit unvorhersehbarem Ausgang."

Das ist vermutlich richtig. Aber in einem politischen Abenteuer mit unvorhersehbarem Ausgang sind wir ohnehin, weil so viele Menschen hochwahrscheinlich verfassungsfeindliche Landesverbände wählen. Noch abenteuerlicher wird diese Bedrohung, wenn deren Protagonisten sich zunehmend sogar Machtbeteiligung erhoffen können.

Was eine drohende Polarisierung oder gar Unfriedlichkeit erzürnter Anhänger rechtsextremer AfD-Landesverbände betrifft, so zeigt das parallele Argument in der Debatte darum, ob Trump für das Präsidentenamt disqualifiziert ist, weil er beim Sturm auf das Kapitol am 6. Januar 2021 an einem Aufstand (insurrection) teilgenommen oder „aid and comfort" gegeben hat,[22] wohin dieses Argument führen kann. Wie der Historiker Snyder, der schon früh vor der autokratischen Bedrohung durch Trump gewarnt hat, zu Recht betont, würde ein auf solchen Befürchtungen beruhender Verzicht signalisieren, dass, wer die Verfassungsordnung aushebeln will, dafür nur mit Gewalt drohen muss: „Die Rechtsordnung zugunsten dessen zurückzustellen, was politisch sicher zu sein scheint, ist so ziemlich der gefährlichste Schritt, den man gehen kann."[23]

Was nutzen Verwirkung und Parteiverbot?

18. Auf der Habenseite von Grundrechtsverwirkung und Parteiverboten ist zunächst und vor allem der Ausschluss von Ämtern und der mit ihnen verbundenen Machtbefugnisse zu verbuchen.

Die Verwirkung kann, wie erläutert, nach § 39 II BVerfGG mit dem Ausschluss von Wählbarkeit und Amtsfähigkeit verbunden werden (zur Verfassungsmäßigkeit siehe Teil I, unter 9. und 10.).

Mit dem Parteiverbot, genauer: der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Partei, geht zwingend die Auflösung der Partei oder ihres selbständigen Teils und das Verbot einher, eine Ersatzorganisation zu schaffen, § 46 III 1 BVerfGG (siehe auch § 33 PartG). Das Parteivermögen kann eingezogen werden, § 46 III 2 BVerfGG (und wurde bei den bisherigen beiden Verboten von SRP und KPD auch eingezogen).

Mandatsverlust als Folge eines Parteiverbots

19. Zudem verlieren die Abgeordneten der Partei ihre Mandate im Bundestag, im Europaparlament sowie in den Landtagen, und damit ihre parlamentarische Machtbasis.

Das hat das Bundesverfassungsgericht bereits aus dem „recht verstandene[n] Sinn des Art. 21 GG" selbst abgeleitet, weil es „den wesentlichen Exponenten der Par-

[21] S. dazu, dass eine starke Polarisierung in Deutschland bislang offenbar nicht festzustellen ist, oben Fn. 10.

[22] Die nach dem Bürgerkrieg geschaffene Aufstandsklausel zum Ausschluss von öffentlichen Ämtern findet sich in Section 3 des 14th Amendment; der U.S. Supreme Court wird im Februar über die Frage verhandeln.

[23] Snyder, The Pitchfork Ruling – The Trap the Commentariat Sets for the Court (1.1.2024), https://snyder.substack.com/p/the-pitchfork-ruling („[R]ejecting the legal order in favor of what seems to be politically safe… is just about the most dangerous move that can be made."; „We are telling Americans that to undermine constitutional rule they must only intimate that they might be violent.").

tei“ nicht möglich bleiben dürfe, „die Ideen ihrer Partei“ weiterhin dort zur Geltung zu bringen, „wo die echten politischen Entscheidungen fallen“ (vgl. BVerfGE 2, 1 [73 f.]). Es ist heute (zusätzlich) auch in § 46 IV BWahlG, § 22 II Nr. 5 EuWG und den Landeswahlgesetzen geregelt, wobei andernfalls auch Vollstreckungsanordnungen (nach § 35 BVerfGG) über die Folgen dieses Mandatsverlustes möglich wären (vgl. BVerfGE 2, 1 [77, 79]; 5, 85 [392]).

Soweit ein automatischer Amtsverlust, auch mit Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention, auf Verhältnismäßigkeitsbedenken stößt,[24] ließe sich dem durch konventionskonforme Auslegung und entsprechende Einzelfallprüfung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen.[25]

Das Hydra-Argument verkennt die Bedeutung von Organisationen für die Politik

20. Führt das nicht nur zur Verdrängung in den Untergrund, und wachsen der Hydra dann nicht nur um so mehr neue Köpfe?

Weder Verwirkung und Parteiverbot noch andere Maßnahmen werden verfassungsfeindliche Meinungen zum Verschwinden bringen. Aber die Zerschlagung der Parteiorganisation und der Verlust der Mandate einer Partei durch ein Parteiverbot schwächen ihre Wirkungsmöglichkeiten empfindlich. Ein Neuaufbau im Untergrund kostet Zeit und Geld.

Wer diese Wirkungen unterschätzt, verkennt die Bedeutung gerade der organisierten Tätigkeit für Politik, wie Möllers zu Recht betont: „Es ist ein Unterschied, ob Leute extremistische Ansichten haben oder ob sie sich auch politisch handlungsfähig organisieren [...] So eine Organisation baut man nicht einfach so wieder auf.“

Das Argument, dass ein Verbot Anhänger „weiter radikalisieren und in die Illegalität treiben könnte“, ist, so Möllers, zudem „ein überschießendes Argument gegen jede Form staatlicher Regulierung“: „Wenn man Drogenhandel oder Mord verbietet, wird weiter gedealt oder gemordet, und dazu noch im Verborgenen.“

Janisch weist zu Recht auch darauf hin, dass für die Ausrichtung der volatilen Wählerbewegungen gerade auch „die Kampagnenfähigkeit“ einer Partei wichtig ist, die strategische „Agitation unter Einsatz staatlicher Parteienfinanzierung in Höhe vieler Millionen Euro“:[26] „Das Problem“ sind deshalb nicht nur die verfassungsfeindlichen Ideen, die nicht verschwinden werden, sondern das Problem ist gerade auch „die Partei“ selbst. Und die ließe sich zerschlagen.

Wie schnell kann es gehen?

21. Der Zeitbedarf für ein Parteiverbotsverfahren ist nicht unerheblich. Die unbedingt gebotene sorgfältige Vorbereitung des Antrags braucht sicher ein Jahr, das Verfahren mindestens ein weiteres. Um so wichtiger ist es, den Antrag möglichst rasch vorzubereiten und alsbald zu stellen.

So lange wie bei den bisherigen Verfahren muss es dabei nicht unbedingt dauern. Das legen die im letzten Verfahren gesammelten Erfahrungen[27] und die deutliche Klärung der Maßstäbe im NPD-Urteil von 2017 nahe. Zudem reduziert sich der Zeitbedarf noch weiter, wenn der Antrag, wie hier vorgeschlagen, auf einzelne, hochwahrscheinlich verfassungswidrige Landesverbände begrenzt wird; nicht zuletzt auch aufgrund der Dichte der insoweit schon vorhandenen Indizien (dazu Teil I, unter 22. und 23., und Teil II, unter 18. bis 23.).

Ein Verwirkungsantrag ließe sich wesentlich schneller vorbereiten und auch das Verfahren wäre, wie Lübbe-Wolff zu Recht betont, aufgrund des geringeren Ermittlungsaufwandes, „wenn es denn zügig betrieben wird, schneller durchführbar“ als ein Parteiverbotsver-

[24] E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 539, Rn. 1239 (Fn. 117).

[25] Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 46 Rn. 49 (mwN zur Debatte in Rn. 43-49).

[26] Eine Beschränkung auf einen Finanzierungsausschluss-Antrag brächte hingegen alle Nachteile eines Parteiverbotsverfahrens ohne seine Vorteile, siehe dazu bereits Teil I, unter 14.

[27] Vgl. Kliegel, in: Barczak, BVerfGG, 2017, § 43 Rn. 3 (das zweite NPD-Verbotsverfahren habe „gezeigt, dass die aktuellen Verfahrensregelungen bei sinn- und zweckmäßiger Auslegung und Anwendung [...] ausreichen, um Parteiverbotsverfahren in Zukunft effizient –auch in kürzerer Zeit [...] – durchzuführen“).

[28] Skeptischer etwa Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Band III, 2022, § 92 Rn. 8 (der eine „latente Reservefunktion“ zwar erwägt, aber schon wegen des „reaktionsträge[n] Verfahren[s]“ für nicht sonderlich wahrscheinlich hält). Zu den Gründen für die lange Dauer der bisherigen Verfahren (acht Jahre, fünf Jahre und fast vier Jahre) s. E. Klein, in: Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 584, Rn. 1228 (der unter anderem darauf hinweist, dass „in allen vier Fällen schon bald nach Antragstellung die Bundesregierung das Interesse an der Fortführung des Verfahrens verlor“).

fahren.[28] Auch um diesen Aufwand begrenzt zu halten, sollte ein Verwirkungsantrag aber auf herausgehobene Führungspersonen der fraglichen Landesverbände begrenzt werden, bei denen die Voraussetzungen voraussichtlich besonders deutlich erfüllt sind.

Bis hierhin und nicht weiter: Signalwirkung und Abschreckungseffekt der Anträge

22. Ein wesentlicher Nutzen, den schon die Stellung dieser Anträge mit sich bringen würde, ist ferner ihre politische Signalwirkung.

Ein Verbotsverfahren hat „erst einmal den Zweck, zu markieren, dass eine bestimmte Form der Politik nichts mehr mit den Grundlagen des Grundgesetzes zu tun hat“ – und „auf diese Markierung zu verzichten, wäre politisch auch gefährlich“, so Möllers zu Recht.

Und im Verwirkungsverfahren würde schon ein Antrag verdeutlichen, dass extremistische Agitatoren – im Erfolgsfall – auch ihre eigene politische Karriere riskieren, wie Lübbe-Wolff betont.

Bei einem Verwirkungsausspruch für jemandem, der „für ein ethnisch-kulturelles Volksverständnis und millionenfache ‚Remigration‘ “ agitiert, wäre die „wichtigste Folge nicht“, dass ihm „für einige Jahre“ die politische Betätigung beschränkt und Wählbarkeit und Amtsfähigkeit genommen werden, sondern, so Lübbe-Wolff, „dass allen verdeutlicht wird“: „Diese Konsequenz droht jedem“, der mit hinreichendem Erfolg „solche verfassungsfeindlichen Programme propagiert“.

Die Folgenabwägung ergibt jedenfalls kein klares und eindeutiges Überwiegen der Schäden der Anträge

23. Nach meiner Einschätzung überwiegen in der Abwägung die möglichen Schäden der Anträge ihren möglichen Nutzen jedenfalls nicht klar und eindeutig. Deshalb halte ich es für ein rechtliches Gebot der Verfassungstreue, auf eine Antragstellung durch die Antragsberechtigten hinzuwirken. Für die Antragsberechtigten besteht eine Antragspflicht.

Ermessensfehlerhaftigkeit einer Bewertung der Instrumente der streitbaren Demokratie als undemokratisch

24. Sind in die Abwägung aber nicht auch noch etwaige Bedenken gegen den demokratischen Charakter von Verwirkung und Verbot einzustellen?

Es wäre aus meiner Sicht ermessensfehlerhaft, Grundrechtsverwirkung oder Parteiverbot deshalb nicht beantragen zu wollen, weil diese Instrumente als solche von vornherein für undemokratisch oder generell für unzweckmäßig gehalten werden.

Das ist zwar eine demokratietheoretisch und verfassungspolitisch gut vertretbare Position, für die auf diesen Ebenen starke Gründe sprechen. Wer ihr verfassungsrechtlich zur Geltung verhelfen will, muss aber die Verfassung ändern.

Das Grundgesetz hat ein rein voluntaristisch-majoritäres Demokratieverständnis eindeutig verworfen und will stattdessen die Grundlagen der Demokratie in einem abgestuften System verfassungsrechtlicher Sicherheitsvorkehrungen vor einer Selbstaufgabe durch demokratische Mehrheiten schützen.[29] Nicht nur ist mit Janisch zu fragen, ob es „wirklich undemokratisch“ sein kann, „die Demokratie zu verteidigen“, sondern das positive Verfassungsrecht verneint diese Frage juristisch so klar, dass eine gegenteilige Bewertung nicht in die Ausübung des Antragsermessens einfließen darf.

Wenn Meinungen, die die gleiche Würde aller bestreiten, parlamentarisch nicht repräsentiert werden, ist das vom Standpunkt der Verfassung aus deshalb gerade keine Repräsentationslücke:[30] Feinde der Freiheit sollen unter dem Grundgesetz zwar weiter Meinungs- und Versammlungsfreiheit genießen. Sie sollen mit diesen Positionen jedoch gerade keine realistische Machtperspektive erlangen können (siehe Teil I, unter 15.).

25. Solange Art. 21 II GG und Art. 18 GG gelten, bringen sie dementsprechend auch eine eigenständige grundsätzliche Folgenbewertung durch die verfassungsgebende Gewalt zum Ausdruck, die eine eigene Verbindlichkeit entfalten muss: Ersichtlich verfassungswidrige Parteien sollen grundsätzlich verboten sein, und ersichtlich durch den Kampf gegen die Grundordnung verwirkte Grundrechte sollen grundsätzlich nicht mehr ausgeübt werden können.

[29] Näher zu dieser Grundsatzfrage Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 61-66.

[30] Siehe auch Buermeyer/Banse, Lage der Nation v. 25.1.2024, Min. 58.45.

[31] So zum Parteiverbot BVerfGE 144, 20 (Rn. 405).

Die Eltern des Grundgesetzes waren sich der Missbrauchsanfälligkeit dieser „schärfste[n] und überdies zweischneidige[n] Waffe[n]“[31] der kampfbereiten Demokratie bewusst, die „Ausdruck des bewußten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems“ der Demokratie sind[32] – der Gefahr ihrer Selbstabschaffung. Sie haben die Entscheidung darüber, ob ihre Voraussetzungen gegeben sind, gerade deshalb allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten, weil „die Freiheitssubstanz unserer Ordnung nicht durch die Art ihrer Verteidigung fragwürdig werden“ soll[33] und ihr Schutz ausgerechnet durch eine „Verkürzung von Freiheit“ nicht zu einem Mittel werden darf, sich „unbequemer Opposition zu entledigen“.[34]

Für den Fall, dass die Voraussetzungen für Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot erfüllt sind, hat die verfassungsgebende Gewalt jedoch gleichwohl die Risiken des Einsatzes dieser Abwehrmittel für die Demokratie, durch das zu ihrem Schutz eingerichtete höchste Gericht, als grundsätzlich geringer eingeschätzt als die Gefahren, die von der Machtbeteiligung verfassungsfeindlicher Kräfte ausgehen können.

Odysseus am Mast: Verfassung als demokratische Selbstbindung

Für das Grundgesetz ist Demokratie nur begrenzte Mehrheitsherrschaft, die ihr Fortbestehen über die Generationen hinweg sicherstellen will. So, wie sich Odysseus an den Mast fesseln ließ, um dem Gesang der Sirenen widerstehen zu können, entzieht die verfassungsgebende Gewalt auch demokratischen Mehrheiten den Zugriff auf die Grundbedingungen der demokratischen Willensbildung, um sich durch diese demokratische Selbstbindung[35] vor Augenblicksstimmungen und populistischen Versuchungen zu schützen.

Das Fundament der gleichen Würde aller steht ebensowenig selbst zur Disposition der Mehrheit wie die weiteren demokratischen Grundregeln, etwa die Anerkennung der Ergebnisse fairer Wahlen, sondern sie sollen den Prozess der Mehrheitsbildung auf Dauer stellen und vor einer Aushöhlung oder Untergrabung bewahren.

AfD-Radikale „politisch stellen“ - gerade auch mit ausformulierten Anträgen

26. Natürlich müssen die verfassungsfeindlichen Strömungen in der AfD auch politisch gestellt und ihnen muss eine die Wählenden überzeugende Politik entgegengesetzt werden. Ihre Sorgen müssen, soweit sie sich nicht auf verfassungsfeindliche Inhalte richten, ernst genommen werden.

Das eine tun, heißt jedoch nicht, das andere zu lassen. Die verfassungsgebotenen Anträge zu stellen, verhindert weder überzeugende Politik noch politische Überzeugungsarbeit. Eine „rein rechtliche Strategie“ wird, auch darin ist Möllers unbedingt beizupflichten, ohnehin „nicht gelingen“: „Wenn man es machen will, muss man es erklären, offensiv vertreten und auch versuchen, die Anhänger der AfD anzusprechen.“

Auch dazu erscheint es jedoch durchaus sinnvoll, die Antragsentwürfe für Verwirkung und Parteiverbote ganz unabhängig davon rasch ausarbeiten zu lassen. Das gilt auch dann, wenn man nicht schon entschlossen ist, sie auch zu stellen. Die Entwürfe sollten unabhängig davon erstellt und sie sollten veröffentlicht werden, um die Öffentlichkeit über ihre Befunde in Kenntnis zu setzen.[36] Wer es mit der Verfassungstreue zu Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat ernst meint, wird den Wählenden radikaler AfD-Landesverbände sicher Gelegenheit geben wollen, sich ein genaues Bild darüber zu verschaffen, was sie genau wählen wollen.

Die rechtlichen Instrumente der kampfbereiten Demokratie werden einen weiteren Aufstieg des autoritären Populismus nie allein verhindern können. Wer sich im Kampf um die Demokratie ausschließlich auf die Gerichte verlässt, der ist verlassen. Gerichte können eine Ausbreitung autoritär-populistischer Positio-

[32] BVerfGE 5, 85 (139); 144, 20 (Rn. 516).

[33] Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 277.

[34] Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 694 und 710.

[35] Elster, Ulysses and the Sirens, 1979; Spinoza, Abhandlung vom Staate (1677), in: ders., Sämtliche Werke in sieben Bänden, Bd. 5, 1977, S. 53 (107 f.); Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 65 f.

[36] Siehe Buermeyer/Banse, Lage der Nation v. 25.1.2024, Min. 1.06.29; Fischer-Lescano (wenn die Vorwürfe im Rahmen einer „das Verfahren begleitende[n] Öffentlichkeitsarbeit“, die „essenziell“ sei, transparent dokumentiert werden, „könnten die Verfahren schon durch ihre Einleitung eine aufklärende Wirkung entfalten“).

[37] Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

nen nicht verhindern, das können nur demokratische Mehrheiten mit einem Willen zur Verfassung.[37] Für das Überleben der Demokratie wird es entscheidend auf die gesellschaftliche Mobilisierung der demokratischen Mehrheit ankommen, wie sie in den Versammlungen der letzten Wochenenden so beglückend gelungen ist. Aber Gerichte können immerhin, wie Dieter Grimm einmal sagte,[38] einer populistischen Flut zumindest einige Sandsäcke entgegensetzen und so womöglich einer demokratischen Mobilisierung Zeit verschaffen, bis diese Flut, hoffentlich, einmal wieder zurückgeht.

Schluss

27. Gegen radikale Landesverbände der AfD haben, wie ich in diesem Beitrag hoffe gezeigt zu haben, Anträge auf Grundrechtsverwirkung gegen einzelne herausgehobene Führungspersonen (Teil I) und auf ein Parteiverbot (Teil II) mit hoher Wahrscheinlichkeit Aussicht auf Erfolg. Wie dieser dritte Teil des Beitrags gezeigt haben sollte, gebietet es die Verfassungstreuepflicht auch, diese Anträge zu stellen.

Es ist schön, wenn so viele Menschen gerade für unsere Demokratie demonstrieren und rechtsextreme Positionen zurückweisen, nach denen etwa auch Deutschen wie mir darin nicht die gleichen staatsbürgerlichen Rechte zustehen sollen.

Noch schöner wäre es, wenn meine Kolleg:innen in der Staatsrechtslehre und im deutschen Beamtentum es auch als ein Gebot ihrer Verfassungstreue begreifen würden, darauf hinzuwirken, dass das Bundesverfassungsgericht solche verfassungsfeindlichen Kräfte auch mit Grundrechtsverwirkung und Parteiverboten in ihre rechtlichen Schranken weisen kann. Das Gericht würde damit die Rolle für den Schutz einer streitbaren freiheitlichen demokratischen Grundordnung übernehmen, die ihm die verfassungsgebende Gewalt vor bald 75 Jahren zudachte.

[38] In einer mündlichen Bemerkung im Rahmen der Tagung „Constitutional Resilience“ des Verfassungsblogs und des Wissenschaftszentrums Berlin am 13. und 14. November 2018.

Konrad Duden

Schützt das Bundesverfassungsgericht!

Rechtsvergleichende Überlegungen

doi: 10.59704/86ceeacc4ba284a2

Lange fühlten wir uns in Deutschland wie auf einer Insel der Seligen. Während in Polen, den USA und zuletzt in Israel die Unabhängigkeit der Justiz unter Beschuss ist, sind wir gesegnet mit einem starken Verfassungsgericht. Es hat sich über die Jahrzehnte als ausgewogen und unabhängig erwiesen; in der Bevölkerung hat es sich ein immenses Vertrauen erarbeitet. Doch die Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts steht auf tönernen Füßen. Nun ist auch in der Öffentlichkeit die Debatte entbrannt, ob und wie man die Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts schützen sollte. Dazu kann der Blick in andere Rechtsordnungen etwas beitragen. Er zeigt, dass es womöglich nicht ausreicht, Eckpfeiler der aktuellen Gerichtsverfassung im Grundgesetz festzuschreiben. Ein prozeduraler Schutz für das Bundesverfassungsgerichtsgesetz wäre eine wichtige Ergänzung.

Warum mehr Schutz?

Mit einer einfachen Bundestagsmehrheit könnte man das Bundesverfassungsgericht weitreichend parteipolitisch instrumentalisieren. Mehr brauchte es auch in Polen und in den USA nicht. Sowohl die polnische PiS als auch die US-amerikanischen Republikaner konnten mit einer einfachen Parlamentsmehrheit durch – zumindest formal rechtmäßige – Maßnahmen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der obersten Gerichte untergraben. In Polen wurden Richter früher in den Ruhestand geschickt und neue Spruchkörper geschaffen. Die auf diese Weise frei gewordenen Richterstellen hat die PiS unter Anwendung eines neuen Wahlverfahrens mit ihren Kandidaten besetzt. Auch in den USA wurde das Wahlverfahren einseitig verändert. Am Anfang standen mehrere Blockaden der Richternachbesetzung durch die Republikaner, die dazu führten, dass die Demokraten die erforderliche Mehrheit für die Wahl der Bundesrichter senkten – allerdings lediglich für Richter unterhalb des Supreme Court. Als Reaktion senkten die Republikaner auch für dieses Gericht die erforderliche Mehrheit. Nur so konnten sie am Supreme Court eine 2/3-Mehrheit von streng konservativen Richtern etablieren. Das Vertrauen der Bevölkerung in das Gericht hat inzwischen einen Tiefpunkt erreicht.

In Deutschland ließe sich das nachahmen. Das Grundgesetz enthält in Art. 94 nur wenige Vorgaben zur Organisation des Bundesverfassungsgerichts: So sind die Zahl der Senate und Richter, die Amtszeit oder die erforderliche Wahlmehrheit nicht verfassungsrechtlich vorgegeben. Dabei handelt es sich indes um Eckpfeiler der verfassungsgerichtlichen Unabhängigkeit. Dennoch regelt sie erst das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – ein einfaches Gesetz, dessen Änderung noch nicht einmal der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Eine einfache Mehrheit im Bundestag würde also ausreichen, um diese Eckpfeiler einzureißen.

Wir sollten das Bundesverfassungsgericht daher besser schützen. Eine einfache Parlamentsmehrheit sollte es nicht parteipolitisch vereinnahmen können. Denn das würde die Gewaltenteilung gefährden. Sie soll unter anderem verhindern, dass eine Regierung mit einfacher Mehrheit „durchregieren“ kann. Entwicklungen wie in Polen oder den USA müssen von Anfang an verhindert werden. Vertrauen in Institutionen, in ihre Unabhängigkeit und Integrität wird sehr viel schneller zerstört als wieder aufgebaut. Auch das ist in unserem Nachbarland zu beobachten.

Prozeduraler Schutzansatz

Die gegenwärtigen Diskussionsbeiträge zielen vorrangig darauf, konkrete Vorgaben für die Organisation und Besetzung des Bundesverfassungsgerichts in das Grundgesetz aufzunehmen.[1] Einen solchen Ansatz verfolgen

[1] Siehe nur beispielhaft Gärditz, DRiZ 2018, 20, 23; Hailbronner, How Can a Democratic Constitution Survive an Autocratic Majority?, Verfassungsblog, 8.12.2018; in der aktuellen Debatte etwa: Gemeinsame Erklärung der Vorsitzenden der Justizministerkonferenz Ministerin Dr. Kathrin Wahlmann, A-Koordinatorin Senatorin Anna Gallina und B-Koordinator Staatsminister Georg Eisenreich zur institutionellen Stärkung des Bundesverfassungsgerichts, 1.2.2024.

auch andere Verfassungen, so etwa die griechische, die in Art. 87-100a sehr detaillierte Vorgaben zur Judikative enthält. Diskutiert wird in Deutschland insbesondere, die Zahl der Senate und deren Größe, die zwölfjährige Amtszeit, das Verbot einer Wiederwahl und die 2/3-Mehrheit zur Richterwahl im Grundgesetz zu verankern. Die Eckpfeiler der verfassungsgerichtlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sollen geschützt werden, indem man sie konstitutionalisiert.

Ergänzen sollte diese Konstitutionalisierung ein prozeduraler Schutz, der inzwischen ebenfalls in die öffentliche Diskussion gelangt ist:[2] Gemeint ist damit, dass in das Grundgesetz besondere Anforderungen an Erlass und Änderung der einfachgesetzlichen Vorschriften über das Gericht aufgenommen werden sollten – etwa eine qualifizierte anstelle der einfachen Mehrheit oder die Zustimmung des Bundesrates und/oder des Plenums des Bundesverfassungsgerichts.

Inspiration bieten das französische und das spanische Recht: Die dortigen Verfassungen kennen eine – hierzulande bisher unbekannte – Gesetzesart: die sogenannten Organgesetze (*loi organique/ley orgánica*) oder – freier übersetzt – verfassungsausführenden Gesetze.[3] Dabei handelt es sich um Gesetze, deren Änderung nur unter strengeren Voraussetzungen möglich ist. Beide Rechtsordnungen fordern eine absolute Parlamentsmehrheit sowie in Frankreich eine Kontrolle durch den Conseil constitutionnel vor der Gesetzesverkündung. Vorgeschrieben sind diese Organgesetze für Themen von besonderer verfassungsrechtlicher Bedeutung, etwa das Wahlrecht, die Verfassung der Parlamentskammern und – was uns hier besonders interessiert – die Verfassung des jeweiligen Verfassungsgerichts (Art. 63 franz. Verfassung; Art. 165 span. Verfassung).[4]

Organgesetze bieten einerseits mehr Stabilität als einfache Gesetze. Andererseits droht nicht im selben Maße eine Versteinerung wie bei einer Regelung in der Verfassung, die nur mit einer verfassungsändernden Mehrheit angepasst werden kann. Wichtig ist das für Regelungsbereiche, die zwar eine besondere verfassungsrechtliche Sensibilität aufweisen, deren detaillierte Regelung aber den Umfang der Verfassung sprengen würde.

Umfang eines prozeduralen Schutzes

Die angemessene Reichweite des prozeduralen Schutzes und die Ausgestaltung der Voraussetzungen für eine Gesetzesänderung stehen in einem Wechselspiel: Je stärker der Schutz vor Änderungen des einfachen Rechts, desto geringer sollte die Reichweite des Schutzes sein. Sonst würden auch Reformen von Regelungen unnötig erschwert, die für die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit des Gerichts unbeachtlich sind.

Fordert man etwa lediglich die Zustimmung des Bundesrates und/oder des Plenums des Bundesverfassungsgerichts, könnte der prozedurale Schutz auf alle Fragen der Gerichtsverfassung und des Verfahrens erstreckt werden. Bedarf es für Änderungen dagegen einer 60 %- oder gar 2/3-Mehrheit, dann sollte der Schutz auf wichtige Kernbereiche der Gerichtsverfassung und des Verfahrens beschränkt bleiben. Für eine so starke prozedurale Absicherung bieten sich insbesondere an: die Vorgaben zur Richterwahl, zum Status der Richterschaft – einschließlich Unvereinbarkeiten der Ämter, Vergütung und Amtszeit bzw. Höchstaltersgrenze –, zur Arbeitsweise und (Selbst-)Verwaltung des Gerichts – einschließlich Geschäftsverteilung, Fallmanagement sowie Organisation und Besetzung der Spruchkörper – sowie zu grundlegenden Verfahrensfragen und Zuständigkeiten des Gerichts.

Wechselspiel mit Schutz durch Konstitutionalisierung

Die Stärken des prozeduralen Schutzes liegen auf der Hand: Eine Partei oder Regierungskoalition kann Änderungen an Verfassung und Arbeitsweise des Verfassungsgerichts nicht mehr schon deshalb allein beschließen, weil sie eine Bundestagmehrheit hinter sich weiß. Eine Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens bleibt aber möglich, wenn Regierung und Opposition sich auf Änderungen einigen. Die Notwendigkeit eines überparteilichen Konsenses soll dabei gewährleisten, dass Eingriffe des Gesetzgebers nicht einer einseitigen, parteipolitischen Vereinnahme dienen. Die Verfassung des Gerichts, die sich über Jahrzehnte bewährt hat, soll nicht durch eine politische Kraft allein – egal ob gemäßigt oder extrem – verändert werden können.

[2] Siehe dazu ausführlich Duden, RabelsZ 84 (2020), 658 ff.

[3] Übersetzung nach Marsch, Rechtsetzung, in: Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, hrsg. von Marsch/Vilain/Wendel, 2015, 215, 265 Rn. 69.

[4] Für Details: Duden, RabelsZ 84 (2020), 658 f.

Dieser prozedurale Schutz kann zudem gewisse Schwächen der vorgeschlagenen Konstitutionalisierung der Gerichtsverfassung kompensieren. Denn verfassungsrechtliche Vorgaben sollten schlank gehalten werden, um eine Versteinerung bei Detailfragen und ein Aufblähen der Verfassung zu vermeiden. Diese Zurückhaltung sollte auch bei den beabsichtigten Regelungen über das Verfassungsgericht berücksichtigt werden – birgt dabei aber Risiken. Denn schlanke Regelungen ermöglichen, dass der Schutzzweck verfassungsrechtlicher Vorgaben durch einfachgesetzliche Regelungen von Detailfragen, die wiederum nicht in die Verfassung aufgenommen wurden, untergraben werden.

Auch hier kann Polen als Beispiel dienen. Die dortige Verfassung enthält in Art. 173-197 zwar relativ umfangreiche, aber offenkundig nicht ausreichende Vorgaben für das Verfassungsgericht. So sieht Art. 187 vor, dass dem Landesrat für Gerichtswesen, der die meisten Richter zur Ernennung vorschlägt, 15 Richter angehören sollen. Wie diese gewählt werden, bestimmt die Verfassung aber nicht. Die PiS-Regierung nutzte diese Regelungslücke, um eine Wahl durch das Parlament vorzusehen statt der zuvor erforderlichen Wahl durch die Richterschaft. Ein vormals weitgehend unpolitisches Gremium wurde parteipolitisch vereinnahmt.

Diese Schwäche kann der prozedurale Schutz teilweise kompensieren. Beide Ansätze – prozeduraler Schutz und Konstitutionalisierung – ergänzen einander. Ein gesteigerter Schutz des BVerfGG erschwert es, die Schutzvorgaben der Verfassung einseitig durch einfachgesetzliche Detailregelungen zu untergraben. Er ermöglicht es, Detailregelungen ins BVerfGG zu verlagern, ohne sie einer allzu einfachen Änderung preiszugeben.

Je höher die Hürde für eine Änderung des einfachen Rechts, desto geringer ist der Bedarf für eine Konstitutionalisierung. Bei einem starken prozeduralen Schutz können die Vorgaben in der Verfassung auf ein Minimum beschränkt bleiben. Das wirkt einer Versteinerung der aktuellen Gerichtsverfassung und einer Aufblähung des Grundgesetzes entgegen.

Kehrseite Sperrminoritäten und Lösungsmöglichkeiten

Es gibt eine offensichtliche Kehrseite der vorgeschlagenen Schutzmaßnahmen: Je höher die Mehrheitsanforderungen, je mehr Entscheidungen die Regelung also einer einfachen Mehrheit entzieht, desto mehr Blockademöglichkeiten hat die Minderheit. Politische Minderheiten erhalten die Möglichkeit, die Funktionsfähigkeit des Gerichts zu gefährden, indem sie notwendige Reformen verhindern oder die Wahl von Richtern blockieren.

Besonders problematisch sind Blockaden der Richterwahl. Verlangt man eine 2/3-Mehrheit für die Wahl von Verfassungsrichtern und schreibt dies im Grundgesetz oder einem Gesetz fest, das nur mit qualifizierter Mehrheit geändert werden kann, dann könnte eine Minderheit dauerhaft die Besetzung von Richterposten blockieren. Für einen solchen Deadlock sind Lösungsmöglichkeiten notwendig. Sie müssen nicht nur die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts gewährleisten, sondern auch die demokratische Legitimation der Richterwahl sichern.

Da Bundestag und Bundesrat je die Hälfte der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts wählen, könnte bei einer Sperrminorität in dem eigentlich zuständigen Wahlorgan auf das andere ausgewichen werden. Schwierig wird es allerdings, wenn in beiden Wahlorganen eine Sperrminorität besteht. Für diesen Fall wird vorgeschlagen, als Auffanglösung die Justiz beziehungsweise die justizielle Selbstverwaltung einzubinden – etwa in Form einer Wahl durch die Richter der obersten Bundesgerichte. Eine mittelbare demokratische Legitimation bestünde dann dadurch, dass die Bundesrichter ihrerseits durch den Richterwahlausschuss nach Art. 95 Abs. 2 GG gewählt werden, also durch Vertreter der Bundesregierung, Landesregierungen und des Bundestages.

Dieser Vorschlag kann sich auf Beispiele in anderen Rechtsordnungen stützen. In zahlreichen europäischen Staaten spielen Gremien der justiziellen Selbstverwaltung bei der Richterwahl eine entscheidende Rolle. Allerdings wird dort kritisiert, die Politisierung der Richterwahl werde nicht beseitigt, sondern lediglich in die Selbstverwaltungsgremien verlagert. In Polen war sogar ein entscheidender Schritt der sogenannten „Justizreformen", den Landesrat für Gerichtswesen parteipolitisch zu besetzen. Will man also in Deutschland auf die Justiz zurückgreifen, sollte bei der Gestaltung des Wahlgremiums mitbedacht werden, dass auch die Auswahl der Richter, die an der Wahl teilnehmen dürfen, ein Einfallstor für Politisierung sein kann. Bei einer Wahl durch Bundesrichter ließe sich das Problem wohl umgehen, wenn man alle Bundesrichter an der Wahl beteiligt.

Qualifizierte Wahlmehrheit als Stütze der Ausgewogenheit

Bislang hat sich die 2/3-Mehrheit für die Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts bewährt. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber eine überzeugende Lösung für das Risiko einer Sperrminorität findet und an dem Mehrheitserfordernis festhalten kann. Denn es hat bisher entscheidend zur Wahl von eher gemäßigten Richtern beigetragen und die ausgewogene Besetzung des Gerichts gewährleistet. Maßnahmen zum Schutz des Bundesverfassungsgerichts sollten darauf zielen, dass es auch zukünftig dabei bleibt: Unparteilichkeit durch eine ausgewogene Präsenz von gemäßigten Kandidaten aller Parteien, die sich auf dem Boden des Grundgesetzes befinden.

Dieses Ziel ist zugleich eine Warnung: Wer die Regeln zur Gerichtsverfassung gezielt einsetzt, um bestimmte politische Parteien aus dem Gericht fernzuhalten, der geht das Risiko ein, dass sich vermeintliche Schutzmaßnahmen in ihr Gegenteil kehren. Sie können dann leicht zur Stimmungsmache instrumentalisiert und als Rechtfertigung für weitere Angriffe auf die Justiz genutzt werden. Auch das sollten wir aus Polen und den USA gelernt haben.

Konrad Duden

Protect the German Federal Constitutional Court!

Lessons from Comparative Law

doi: 10.59704/fe9b21f9344b927a

For a long time, we felt in Germany as though we were in a world of bliss. While the independence of the judiciary was being attacked in Poland, the USA and most recently in Israel, we were blessed with a strong constitutional court. Over the decades, it has proven to be independent and impartial; it has earned immense trust and respect among the public. However, the independence of the Federal Constitutional Court is built on sand.

Now, a public debate has flared up as to whether and how the independence of the Constitutional Court should be protected. A look into other legal systems can contribute to this debate. It shows that it may not be enough to enshrine some aspects of the court's organization in the Basic Law. Procedural protection for the Act on the Federal Constitutional Court would be an important addition.

Why more protection?

With a simple majority in the *Bundestag*, the Constitutional Court could be extensively instrumentalised for party politics. A simple majority was all that was needed both in Poland and the USA for the Polish PiS and the US Republicans to undermine the independence and impartiality of their respective courts. In Poland, some judges were sent into early retirement and new positions for judges were created. The PiS then used a newly enacted election procedure to fill these vacant seats with its own candidates. Likewise, the election procedure was changed unilaterally in the USA. It began with the obstruction of the appointment of federal judges by Senate Republicans, which led to the Democrats lowering the required majority for the election of all federal judges except for the justices of the Supreme Court. In response, the Republicans lowered the required majority for that latter court as well. This enabled them to establish a two-thirds majority of strictly conservative justices on the Supreme Court. Public confidence in the court has now reached a historic low.

Such changes could be replicated in Germany. Article 94 of the Basic Law contains only a few specifications regarding the organisation of the Federal Constitutional Court. Conversely, the number of senates and judges, the term of office or the required electoral majority are not specified in the constitution. Even though they are pillars of the court's independence and impartiality, they are only regulated by the Federal Constitutional Court Act – which is a normal statute whose amendment does not even require the approval of the *Bundesrat* (the parliamentary chamber representing the interests of the states on the federal level). A simple majority in the *Bundestag* would be enough to tear down these pillars.

Therefore, we should protect the Federal Constitutional Court better. A simple parliamentary majority should not be able to distort the court to serve its political purposes lest a government could make itself the sole decider. This would threaten the separation of powers. Developments such as in Poland, Hungary or the USA should be prevented from the outset. Trust in institutions, in their independence and integrity, is destroyed much faster than it can be rebuilt. Poland and the USA also serve as an example in this respect.

Procedural protection of the Court's organisation

It has been suggested to incorporate more specifications for the organisation and composition of the Court into the Basic Law.[1] In fact, a cross-party working group of representatives of the justice ministries of the states is currently preparing a draft bill, which proposes such measures. Other countries' constitutions already pursue this approach, such as the Greek constitution, which contains very detailed provisions on the judiciary in Articles 87-100a. In Germany, the number of senates and their size, the twelve-year term of office, the ban on re-election and the two-thirds majority for the election of judges are

[1] See, for example, Gärditz, DRiZ 2018, 20, 23; Hailbronner, How Can a Democratic Constitution Survive an Autocratic Majority?, Verfassungsblog, 8 December 2018.

currently the focus of discussions. These are pillars of the Constitutional Court's independence and impartiality and many would like to see them protected by the constitution itself.

However, this constitutionalisation of specificities of the Court's current organisation should be supplemented by procedural protection:[2] special requirements should be included in the Basic Law that have to be met in order to amend the statutory provisions for the Court's organization. The procedural requirement for such amendments could be a qualified majority instead of a simple majority or the approval of the *Bundesrat* and/or of the plenary of the judges of the Federal Constitutional Court.

French and Spanish law can serve as inspiration: their constitutions establish a type of law – so far unknown to the German Basic Law – called organic laws (*loi organique/ley orgánica*) or, more loosely translated, laws implementing the constitution. These are laws that can only be amended under stricter conditions. Both legal systems require an absolute parliamentary majority and, in France, a review by the *Conseil constitutional* before the law is promulgated. These organic laws are prescribed for issues of particular constitutional importance, such as election law, the constitution of the parliamentary chambers and – of particular interest to our discussion – the organisation of the respective constitutional courts (Art. 63 French Constitution; Art. 165 Spanish Constitution).[3]

On the one hand, these organic laws offer more stability than regular laws. On the other hand, they can be amended more easily than provisions in the constitution. This is important for areas of the law that are particularly sensitive to the constitutional order, but whose detailed regulation would exceed the scope of the constitution.

Extent of procedural protection

Both forms of protection – the constitutionalisation of current features of the Court's organisation and the procedural protection of the statutory provisions – are interdependent: the stronger the protection against changes to the statute, the narrower the scope of protection should be. Otherwise, reforms of rules that are irrelevant to the independence and impartiality of the court would be unnecessarily difficult.

If, for example, in addition to a simple majority in the *Bundestag*, only the approval of the *Bundesrat* and/or the plenary of the judges of the Federal Constitutional Court is required, the procedural protection could be extended to all questions of the court's organisation and procedure. If, on the other hand, a 60 % or even a two-thirds majority is required for amendments, then the protection should be limited to core areas. The following rules are obvious candidates for such strong procedural protection: the provisions on the election of judges, the status of the judiciary – including incompatibilities of offices, remuneration and term of office or maximum age limit –, the functioning and (self-)administration of the court – including the allocation of cases, case management and the organisation and composition of the panels – as well as fundamental procedural issues and the competences of the court.

Interplay with protection through constitutionalisation

The advantages of procedural protection are evident: a ruling party or governing coalition could no longer decide unilaterally on changes to the organisation and procedure of the Constitutional Court simply because it controls a majority in the *Bundestag*. However, a reorganisation of the court's organisation and procedure remains possible if the government and opposition agree on changes. The need for a cross-party consensus is intended to ensure that changes by the legislature do not serve party politics. The organisation of the court, which has proven itself over decades, should not be changed by one political force alone – no matter whether moderate or extreme.

The procedural protection can also compensate for certain weaknesses of the proposed constitutionalisation. Constitutional provisions are generally kept lean in order to not restrict the leeway for future parliaments unnecessarily. This principle should also be followed in relation to the intended specifications for the Court's organization. Such restrained rules, however, harbour risks. Their purpose can be undermined by statutory regulation on those details, that are not included in the constitution.

Here, too, Poland serves as an example. Articles 173-197 of the Polish constitution contain relatively extensive requirements for the court system. Clearly, they have not been able to protect the courts from attacks on their independence. For example, Art. 187 stipulates that the

[2] See in detail Duden, RabelsZ 84 (2020), 658 ff.

[3] More detailed: Duden, RabelsZ 84 (2020), 658 f.

National Council of the Judiciary, which proposes most judges for appointment, should include 15 judges. However, the constitution does not specify how these judges are to be elected. The PiS government used this loophole to provide for an election by parliament instead of the previously required election by the judiciary. A previously relatively apolitical body was consumed by party politics.

Procedural protection can partially compensate for this weakness. Both approaches – procedural protection and constitutionalisation – complement each other. Protecting the Federal Constitutional Court Act from changes by a simple majority makes it more difficult to undermine constitutional rules through detailed provisions in statutory law. This sort of protection would allow the legislator to provide detailed regulation in the Federal Constitutional Court Act without exposing them to the risk of being altered too easily.

The higher the hurdle for amending statutory law, the lower the need for constitutionalisation. With strong procedural protection, the specifications in the constitution can be kept to a minimum. This maintains sufficient leeway for future parliaments and avoids unnecessarily extensive provisions in the Basic Law.

Minority obstruction and possible solutions

There is an obvious downside: The higher the majority requirements, the easier for a minority to block the decision process. Political minorities could jeopardise the functioning of the court by preventing necessary reforms or blocking the election of judges.

Obstructing the election of judges to the Constitutional Court is particularly problematic. If a two-thirds majority is required for the election of judges and if this requirement itself can only be amended by a qualified majority, then a minority could permanently block the appointment of judges. We need a solution for such a deadlock. It must not only guarantee the functionality of the Federal Constitutional Court, but also ensure the democratic legitimisation of the elected judges.

Since *Bundestag* and *Bundesrat* each elect half of the members of the Federal Constitutional Court, it would be possible to switch to the other chamber if there is a blocking minority in the chamber that is initially called upon. A deadlock looms in case of a blocking minority in both electoral bodies. At this stage, the judiciary could be involved as a fallback solution – for example in the form of an election by the judges of the federal courts. This would still confer a democratic legitimisation, albeit an indirect one, because the federal judges are in turn elected by the committee for the selection of judges under Article 95(2) of the Basic Law, i.e. by representatives of the federal government, state governments and the *Bundestag*.

Other legal systems adopt similar approaches. Numerous European countries give bodies of judicial self-governance a decisive role in the election process. Admittedly, there is criticism that this inclusion does not eliminate political instrumentalization, but merely shifts it to another body. In Poland, appointing PiS party members to the National Council of the Judiciary was a pivotal step in the so-called "judicial reforms". Therefore, if the judiciary is to be included in the election of judges of the Federal Constitutional Court, it should be borne in mind that the selection of the judges who are allowed to take part in that election can also be a gateway for political instrumentalisation. Involving all federal judges in the election could avoid or at least reduce that risk.

Qualified majority as a safeguard of a balanced court

So far, the two-thirds majority for the election of members of the Federal Constitutional Court has stood the test of time. We can only hope that the legislator will find a convincing solution to the risk of deadlocks. The two-thirds majority has indeed made a decisive contribution to the functioning of the Constitutional Court, because it sets incentives to elect more moderate judges and ensures a balanced composition of the court. Measures to protect the Constitutional Court should aim to ensure that this also remains the case in the future: Impartiality through a balanced presence of moderate candidates from all parties who are firmly committed to the constitution.

There is a warning attached: anyone who deploys organisational rules to specifically keep candidates of certain political parties out of courts runs the risk that the supposed protective measures backfire. They could then easily be instrumentalised to stir up public opposition and justify further attacks on the judiciary. Again, this dynamic was demonstrated by Poland and the USA.

This is an English update of the German version published on 7 February 2024.

Lars Dittrich

Schutz ist gut, Vertrauen ist besser

Böckenförde-Diktum und die Reformdebatte um das Bundesverfassungsgericht

doi: 10.59704/51e6d7b1fb1103d7

„Wehrhafte Demokratie“, „Grundrechtsverwirkung“ und „Parteiverbot“ klingt es dieser Tage durch Straßen, Foren und Medien. „Endlich“ möchte man meinen, schließlich zeigen Beispiele in Polen, Ungarn, Israel und den USA, welch bemerkenswert fragile Gebilde Demokratie und Rechtsstaat weltweit sind. Die Forderungen zum Schutz der Verfassung sind nicht länger nur Parolen. Stattdessen gibt es inzwischen konkrete Überlegungen, das Bundesverfassungsgericht besser zu schützen, also institutionelle Vorkehrungen zu treffen, um seine Arbeitsfähigkeit und politische Unabhängigkeit stärker als bisher rechtlich abzusichern. Entsprechende Überlegungen dürfen allerdings nicht den Blick dafür verstellen, dass auch eine erfolgreiche Reform beileibe nicht alle Gefährdungen beseitigen würde.

Der Preis für besseren Schutz

Um das Bundesverfassungsgericht besser abzusichern, wird in der öffentlichen Diskussion konkret vorgeschlagen, zentrale – bislang nur einfachgesetzliche – Garantien in die Verfassung zu übernehmen. Angedacht sind insoweit insbesondere Regelungen zur Richterwahl mit Zweidrittelmehrheit,[1] zur Amtszeit der Richter und zum Ausschluss ihrer Wiederwahl, zur Bindungswirkung der Entscheidungen sowie zur Begrenzung auf zwei Senate mit jeweils acht Richtern. Das hätte zur Folge, dass die entsprechenden Regelungen dann nicht mehr einfachgesetzlich, also mit einfacher Mehrheit, sondern nur mit der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und des Bundesrates geändert werden könnten, Art. 79 Abs. 2 GG.

Weil die erforderliche Zweidrittelmehrheit für die Richterwahl, derzeit §§ 6 Abs. 1, 7 BVerfGG, im Umkehrschluss bereits einer Minderheit von gut einem Drittel der Stimmen die Möglichkeit eröffnet, eine Richterwahl zu boykottieren, gibt es zudem Überlegungen, im Blockadefall ein Alternativorgan mit der Wahl zu betrauen. Diskutiert werden insoweit die wechselseitige Aktivierung von Bundestag und Bundesrat bei Blockade im jeweils anderen Wahlorgan, ein Einschreiten des Bundespräsidenten qua Reservefunktion und ein Richterwahlausschuss aus den Präsidien der obersten Bundesgerichte.

All diese Überlegungen bewegen sich auf dem schmalen Grat, einerseits den stärkeren rechtlichen Schutz des Bundesverfassungsgerichts leisten zu sollen, andererseits aber langfristig nicht zu stark in den Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers eingreifen zu dürfen. Klar ist: Sinn und Ziel entsprechender Überlegungen ist es gerade, bestimmte Regelungen änderungsfester zu machen, sie also dem Zugriff der einfachen Parlamentsmehrheit zu entziehen. Verminderte gesetzgeberische Steuerungsfähigkeit ist also der Preis für einen verfassungsrechtlich ausgestalteten besseren Schutz des Gerichts.

Zustimmungsvorbehalt für das Bundesverfassungsgericht?

Das große Ziel, das Gemeinwesen vor Verfassungsfeinden zu schützen, werden die genannten Vorschläge schon deshalb nicht erreichen, weil sie nicht die einzige „offene Flanke“ des Grundgesetzes in Bezug auf möglicherweise übergriffiges Verhalten einer gewählten Mehrheit gegenüber Demokratie und Rechtsstaat sind. Jenseits der angesprochenen Regelungen bestehen noch mannigfaltige Möglichkeiten, einfachgesetzlich auf das Gericht und seine Arbeitsweise einzuwirken, die eine autoritäre Regierungsmehrheit bei entsprechender Agenda auch dazu nutzen könnte, die verfassungsgerichtliche Kontrolle erheblich zu schwächen. Als Beispiele seien etwa das Höchst- oder Mindestalter der Richter erwähnt, Fragen der Geschäftsverteilung und der Reihenfolge der Bearbeitung von Verfahren, Befangenheitsvorschriften oder prozessuale Vorgaben für Rechtsbehelfe, wie Fristen- oder Kostenregelungen, außerdem formale Vorgaben zur rich-

[1] Vgl. zur Empirie dieser Regelung, die dazu führt, dass eher gemäßigte Kandidaten zu Verfassungsrichtern gewählt werden: Engst/Gschwend/Schaks/Sternberg/Wittig, JZ 2017, 816.

terlichen Befassung mit verfassungsgerichtlichen Eingaben oder Pflichten zur Begründung von Entscheidungen.[2]

Um all diese Gefahren rechtlich zu bannen, könnte der Verfassungsgesetzgeber jegliche Änderungen am Bundesverfassungsgerichtsgesetz unter den Vorbehalt stellen, dass das Bundesverfassungsgericht ihr zustimmt; oder – wie Konrad Duden jüngst auf dem Verfassungsblog vorschlug – nach französischem oder spanischem Vorbild, sogenannte Organgesetze (*loi organique/ley orgánica*) schaffen, die nur unter strengeren Bedingungen änderbar sind. Die erste Variante ist bereits heute ungeschriebene Staatspraxis.

So einleuchtend dieser Gedanke zunächst scheint, sähe er sich der verfassungspolitischen Kritik ausgesetzt, den Gesetzgeber erheblich zu binden und das Bundesverfassungsgericht über Gebühr in eigener Sache zu begünstigen. Einen so umfangreichen Zustimmungsvorbehalt des Betroffenen gegenüber dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber kennt die Verfassung aus gutem Grund an keiner anderen Stelle. Überdies begegnete ein solcher Zustimmungsvorbehalt massiven Umsetzungsproblemen. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz regelt das Verfassungsprozessrecht mitnichten umfassend. Stattdessen enthält es an einigen sensiblen Stellen nicht[3], nur rudimentär[4] oder durch Verweisungen auf das Prozessrecht der Fachgerichte (vgl. etwa: Vgl. etwa: §§ 17, 28 Abs. 1, 38, 61 BVerfGG). Ergänzend gilt – wenn auch eingeschränkt – das Deutsche Richtergesetz, §§ 69 f. DRiG.

Folglich müsste der Gesetzgeber entweder das Verfassungsprozessrecht umfassender novellieren und die bestehenden Regelungslücken im Bundesverfassungsgerichtsgesetz schließen, bevor er einen grundgesetzlichen Zustimmungsvorbehalt einführt, oder er müsste diesen Vorbehalt über das Verfassungsprozessrecht hinaus auch auf Materien der Gerichtsverfassung und des Fachprozessrechts erstrecken. Das hätte indes zur Folge, dass das Gesetzgebungsverfahren für entsprechende Materien mit dem Bundesverfassungsgericht (einer judikativen Kontrollinstanz!) um ein weiteres Organ bereichert wäre. Auch der Ansatz über ein „Organgesetz“ begegnet Bedenken. Während es sich dabei nach dem französischen Recht um eine für Fragen der Staatsorganisation etabliertes und häufiger verwendetes Vehikel handelt, ist dem Grundgesetz eine solche Figur bisher unbekannt. Sie würde also nur für das Bundesverfassungsgericht in die Verfassung aufgenommen werden, während andere durchaus ebenfalls sensible Fragen von Demokratie und Rechtsstaat weiterhin dem einfachen Gesetzgeber vorbehalten blieben, etwa Wahlen, Medien, Fachgerichtsbarkeit etc.

Neben diesen denkbaren Gefährdungen durch den Gesetzgeber seien hier solche durch die Exekutive angerissen. Das Verfassungsgericht hat keine Truppen. Das führt u.a. dazu, dass der Objektschutz des Gerichtsgebäudes der Bundespolizei obliegt, einer Behörde des Bundesinnenministeriums. Was harmlos klingt und in der Praxis bisher hervorragend funktioniert, birgt gleichwohl die Gefahr, polizeiliche Befugnisse gegen das Gericht gewendet zu sehen. Sie mag in der aktuellen Situation abwegig erscheinen. Entsprechende historische Erfahrungen, konkret der Missbrauch polizeilicher Befugnisse gegenüber dem Parlament während der Herrschaft des Nationalsozialismus, haben indes an anderer Stelle zu anderen Vorkehrungen geführt. So obliegt die Polizeigewalt im Bundestag dem Bundestagspräsidenten, Art. 40 Abs. 2 GG, samt eigenem Polizeibezirk, der Bundestagspolizei.

Als Verfassungsorgan untersteht das Bundesverfassungsgericht nicht der Dienstaufsicht durch ein Ministerium und hat einen eigenen Haushalt. Gleichwohl stammen auch seine Mittel aus dem Bundeshaushalt, in dem das Bundesverfassungsgericht über ein eigenes Kapitel verfügt. Auch insoweit bestehen also faktische Möglichkeiten von Regierung und Parlamentsmehrheit, Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Gerichtes zu nehmen.

Böckenförde-Diktum auch bei der Resilienz des Bundesverfassungsgerichts

Die Erkenntnis aus diesen Überlegungen ist ambivalent. Zum einen mag es sinnvoll sein, mit Augenmaß einige wenige zentrale Garantien in Bezug auf das Bundesverfassungsgericht in die Verfassung aufzunehmen, etwa jene, die Richter mit Zweidrittelmehrheit zu wählen, ihre

[2] Vgl. für weitere Gefährdungen auch: Reutter, Werner: Wer wacht über die Wächter?: Anmerkungen zu aktuellen Vorschlägen zum Schutz von Verfassungsgerichten, VerfBlog, 2024/1/30

[3] Vgl. etwa zur Frage, ob die Verfahren nach der Dispositions- oder der Offizialmaxime zu führen sind: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Rn. 345 ff.; für Fragen der Prozesskostenhilfe: BVerfGE 1, 109, 110 ff.

[4] Etwa bei Kostenfragen, vgl.: BVerfG, Beschluss vom 07.12.1977 – 1 BvR 148/75 –, NJW 1978, 259.

Amtszeit auf zwölf Jahre festzusetzen, eine Wiederwahl auszuschließen und die anderen Staatsorgane an die Entscheidungen des Gerichts zu binden. Zum anderen führte aber auch eine solche Reform mitnichten dazu, dass die von autoritären politischen Kräften ausgehenden Gefahren für das Gericht umfassend gebannt wären. Wo ein entsprechender politischer Wille besteht, gäbe es weiterhin eine Vielzahl von einfachrechtlichen Einfallstoren, um der verfassungsgerichtlichen Kontrolle Fesseln anzulegen. Verfassungsgerichte sind fragile Institutionen. Das gilt auch für das Bundesverfassungsgericht. So wünschenswert eine solide verfassungsrechtliche Grundlage für sein Funktionieren ist, kommt es daneben (und vor allem) auf andere Faktoren an. Deren wichtigster ist die Akzeptanz des Gerichtes und seiner Entscheidungen in der Gesellschaft, verbunden mit der Bereitschaft der Zivilgesellschaft, ihre Stimmen und Demonstrationsplakate gegen mögliche Übergriffe zu erheben und im Konfliktfall beharrlich für die Unabhängigkeit des Gerichts einzutreten. Diese Bereitschaft kann man nicht erzwingen, nur fördern und auf sie hoffen. Auch insoweit lebt also „der freiheitliche, säkularisierte Staat“ „von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“[5], nicht einmal durch Verfassungsrecht. Das mag für einen Rechts- und Verfassungsstaat bedauerlich erscheinen, weil der verständliche Wunsch nach einem auch im Konfliktfall widerstandsfähigen Verfassungsgericht sich mit den genuinen Werkzeugen dieses Staates – dem Recht und seiner Durchsetzung – nicht erfüllen lässt, sondern letztlich auf Hoffnung und Vertrauen gründet. Nicht nur die Demokratie, auch der Rechtsstaat lebt aber von der Beteiligung der Bürger. Der regelmäßige Gang an die Wahlurne genügt dafür nicht.

Die staatlichen und politischen Akteure verdammt dieser Befund indes nicht zur Tatenlosigkeit. Staatlicherseits sind Öffentlichkeits- und Medienarbeit sowie politische Bildung in Bezug auf das Bundesverfassungsgericht nicht „nice to have“, sondern aktive Beiträge zu seinem Schutz. Für die politische Auseinandersetzung folgt aus dem Wissen um die Bedeutung und Verletzlichkeit des Gerichts ein Gebot der Mäßigung. Demokratie und Rechtstaatlichkeit bedürfen neben den geschriebenen Normen ergänzender „weicher Leitplanken“; ihre wichtigsten sind gegenseitige Achtung und institutionelle Zurückhaltung.[6] Dementsprechend ist es zu begrüßen, wenn selbst bei Entscheidungen von enormer Tragweite die politische Reaktion darin liegt, umgehend die Einhaltung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu versichern (vgl. zum Nachtragshaushaltsgesetz) statt das Gericht oder den politischen Gegner zu delegitimieren.

Die Debatte über einen besseren Schutz des Bundesverfassungsgerichts sollte dementsprechend für alle Demokraten eine Mahnung sein, selbst an diesem Schutz mitzuarbeiten, entsprechende Gefährdungen selbst zu unterlassen, zu benennen und anzuprangern. Wenn sie zu konkreten Änderungen der Verfassung führen sollte, muss dabei eines auf jeden Fall vermieden werden: Der Eindruck, nun sei alles Erforderliche getan, Demokratie und Rechtstaat seien hinreichend gesichert, man könne sich also beruhigt zurücklehnen. Er wäre die größte Gefahr für das Bundesverfassungsgericht.

[5] Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, Suhrkamp 1991, S. 92, 112.

[6] Levitsky/Ziblatt, Wie Demokratien sterben, S. 120.

Malaika Jores

Kein Geld ist auch eine Lösung

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet erstmalig über den Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung

doi: 10.59704/b38704b09816025e

Viereinhalb Jahre nach dem Antrag von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung auf Ausschluss der NPD (heute „Die Heimat“) von der staatlichen Parteienfinanzierung hat das Bundesverfassungsgericht am 23. Januar 2024 entschieden: Die „Heimat“ ist für sechs Jahre von der staatlichen Parteienfinanzierung ausgeschlossen (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 23. Januar 2024 – 2 BvB 1/19 –). Das Verfahren ist das erste seiner Art nach Verankerung des Finanzierungsausschlusses im Grundgesetz im Jahr 2017. Dessen Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr erstmals konkretisiert und dabei den engen Zusammenhang zwischen Finanzierungsausschluss und Parteiverbot betont.

Das Urteil hat angesichts der öffentlichen Debatte um ein Verbot der AfD viel Aufmerksamkeit erregt. Die Idee, die AfD von der staatlichen Parteienfinanzierung auszuschließen, statt sie zu verbieten, fand dabei schnell einige Befürworterinnen und Befürworter. Ein solcher Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung wäre jedoch nicht leichter umzusetzen als ein Parteiverbot.

Finanzierungsausschluss als Folge des gescheiterten NPD-Verbotsverfahren

Man kann wohl festhalten: Es wäre nicht zum Ausschluss der „Heimat“ von der Parteienfinanzierung gekommen, wenn ein Verbot der NPD nicht zuvor gescheitert wäre. Denn das Bundesverfassungsgericht stellte im zweiten NPD-Verbotsverfahren 2017 zwar eindeutig fest, dass die NPD nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der demokratischen Grundordnung anstrebt. In einer Neuinterpretation des Verbotstatbestands führte das Gericht jedoch aus, dass Art. 21 Abs. 2 GG verlange, dass gewichtige Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass eine Partei ihre verfassungsfeindlichen Ziele auch erreichen könne („Potentialität“). Dies sei bei der NPD nicht der Fall (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 –, Rn. 633, 845 ff.).

Als Reaktion auf diese Rechtsprechung und auf Anregung des Bundesverfassungsgerichts selbst (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 -, Rn. 527) beschloss der Bundestag daraufhin eine Änderung des Grundgesetzes. Der Staat soll keine Parteien fördern müssen, die darauf hinarbeiten, ihn abzuschaffen – auch wenn sie keine reale Möglichkeit haben, dieses Ziel zu erreichen. Nach dem neu geschaffenen Art 21 Abs. 3 GG sind Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung ausgeschlossen, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen oder zu beeinträchtigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden.

Kein verfassungswidriges Verfassungsrecht

Das Bundesverfassungsgericht wendete die Neuregelung nun erstmals an. Bevor es die Tatbestandsvoraussetzungen konkretisiert, geht es im materiell-rechtlichen Teil des Urteils dabei zunächst auf die grundsätzliche Frage ein, ob der in Art. 21 Abs. 3 GG neu geschaffene Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung überhaupt verfassungsgemäß ist. Dem liegt folgende Problematik zugrunde: Die Chancengleichheit politischer Parteien ist Teil des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG), dessen Grundsätze die „Ewigkeitsgarantie“ nach Art. 79 Abs. 3 GG schützt. Die politische Chancengleichheit ist jedoch berührt, wenn eine Partei im politischen Wettbewerb finanziell benachteiligt wird. Allerdings schützt die Ewigkeitsgarantie nicht jede konkrete Ausprägung des Demokratieprinzips, sondern nur dessen „prägende Substanz“ (Rn. 216). Das Bundesverfassungsgericht hatte sich also zur Frage zu verhalten, ob die Chancengleichheit der Parteien eine bloße änderbare Ausgestaltung des Demokratieprinzips oder ein unabänderlicher prägender Grundsatz ist.

Nach Auffassung des Zweiten Senats ist Art. 79 Abs. 3

GG bei einem Eingriff in die Chancengleichheit nur berührt, wenn die gleichberechtigte politische Teilhabe so substanziell eingeschränkt wird, dass hierdurch die demokratische Ordnung an sich infrage gestellt wird. Dies sei beim Finanzierungsausschluss jedoch nicht der Fall, da trotz der Verfassungsänderung weiterhin ein grundsätzlich gleichberechtigter Wettbewerb zwischen den Parteien möglich sei (Rn. 217, 225). Denn lediglich Parteien, die die grundgesetzliche Ordnung abschaffen wollen, würden durch den Finanzierungsausschluss benachteiligt. Dies stelle aber nicht die demokratische Ordnung infrage, sondern diene vielmehr deren Erhaltung (Rn. 219 f., 220).

Hiermit verweist das Bundesverfassungsgericht auf das grundgesetzliche Konzept „wehrhafter Demokratie", nach dem zum Schutz der Demokratie etwa das Verbot verfassungsfeindlicher Parteien möglich ist. Der Finanzierungsausschluss ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dann lediglich eine weitere zulässige Fortentwicklung der wehrhaften Demokratie unterhalb der Schwelle des Parteiverbots (Rn. 223 f.).

Das überzeugt. Wenn das Grundgesetz als Teil seiner wehrhaften Verfassung die Möglichkeit einschließt, Parteien zu verbieten, kann es nicht gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen, sie von der staatlichen Parteienfinanzierung auszuschließen. Denn ein Ausschluss von der Parteienfinanzierung ist eine mildere Maßnahme als ein Parteiverbot. Daneben wäre es auch verwunderlich gewesen, wenn das Gericht das Instrument nicht für verfassungsgemäß gehalten hätte, hatte es diese Möglichkeit im zweiten NPD-Urteil doch selbst ins Spiel gebracht.

Das neue Merkmal des „Daraufausgerichtetseins"

Im Rahmen der Tatbestandsinterpretation von Art. 21 Abs. 3 GG konnte das Gericht weitgehend auf seine Parteiverbotsrechtsprechung aus dem Jahr 2017 zurückgreifen. Denn Verbot und Finanzierungsausschluss sind nahezu identisch ausgestaltet. Parteien müssen in beiden Verfahren nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstreben oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gefährden wollen.

Die 2017 vorgenommenen Konkretisierungen des Verbotstatbestands sind damit weitgehend auf dem Finanzierungsausschluss übertragbar. Insbesondere gilt, dass auch Art 21 Abs. 3 GG restriktiv auszulegen ist, um den grundsätzlich offenen Willensbildungsprozess nicht zu gefährden. Das Schutzgut von Art. 21 Abs. 3 GG – die freiheitliche demokratische Grundordnung – erfasst deshalb nur zentrale Grundprinzipien und findet ihren Ausgangspunkt in der Menschenwürde, ausgestaltet durch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Die Partei muss darauf hinarbeiten, diese Prinzipien abzuschaffen bzw. jedenfalls spürbar zu gefährden. Dies muss sich aus ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger ergeben, wobei das Verhalten der Anhänger der Partei zugerechnet werden muss (Rn. 240 ff.).

Als einziger Unterschied zwischen Parteiverbot und Finanzierungsausschluss verbleibt: Ein Parteiverbot erfordert, dass eine Partei darauf *ausgeht*, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen oder beeinträchtigen, während die Partei beim Finanzierungsausschluss hierauf *ausgerichtet* sein muss. Das Merkmal des „Darauf Ausgerichtetseins" war damit erstmals zu konkretisieren. Das macht das Gericht anhand einer teleologischen und historischen Auslegung (Rn. 277 ff.).

Insbesondere stellt der Zweite Senat darauf ab, dass die Neuregelung nach Art. 21 Abs. 3 GG eine unmittelbare Reaktion des Gesetzgebers auf das im NPD-Urteil 2017 erstmals für ein Verbot geforderte Kriterium der „Potentialität" war (Rn. 288). Parteien, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgen, aber nicht die Schwelle der Potentialität erreichen, sollten nicht staatlich gefördert werden müssen (BT-Drucks. 18/12357, S. 1).

Eine Partei ist deshalb „darauf ausgerichtet", die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen bzw. zu beeinträchtigen, wenn sie aktiv und planvoll im Sinn einer qualifizierten Vorbereitungshandlung gegen die Schutzgüter des Art. 21 GG vorgeht – nur auf die Überschreitung der Schwelle der Potentialität kommt es nicht an (Rn. 286, 292). Auch wenn der Finanzierungsausschluss nicht voraussetzt, dass die Partei eine Chance hat, ihre Ziele zu erreichen, müssen ihre verfassungsfeindlichen Bestrebungen im Sinn eine eines Bekämpfens der Grundordnung jedoch zumindest nach außen treten. Die verfassungsfeindliche Gesinnung allein sanktioniert das Grundgesetz nicht (Rn. 291).

Ausschluss der AfD von der staatlichen Parteienfinanzierung?

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts steht fest, dass der Finanzierungsausschluss als Instrument der

wehrhaften Demokratie zur Bekämpfung verfassungsfeindlicher Parteien eingesetzt werden kann. Für die ehemalige NPD halten sich die Folgen des Urteils jedoch in Grenzen. Da sie die erforderlichen Mindesthürden nicht erreicht, nimmt sie bereits seit 2021 nicht mehr an der staatlichen Parteienfinanzierung teil. Einzige Konsequenz ist deshalb der Wegfall steuerlicher Begünstigungen. Die Bedeutung des Urteils über die „Heimat" hinaus ergibt sich vor allem aus der aktuellen Debatte darüber, ob die in Teilen gesichert rechtsextreme AfD nicht nur politisch, sondern auch mit den zur Verfügung stehenden Mitteln des Rechts bekämpft werden soll.

Ein Parteiverbotsverfahren gegen die AfD betrachten die meisten politischen Akteure bislang mit Skepsis. Ein Ausschluss von der Parteienfinanzierung scheint für einige Akteure nunmehr eine mögliche Alternative zum Parteiverbot dazustellen. Der bayerische Ministerpräsident Markus Söder bezeichnete das NPD-Urteil etwa als „Blaupause" für die AfD.

Ganz so einfach ist es aber nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 23. Januar 2023 vielmehr bestätigt, dass die Voraussetzungen von Parteiverbot und Finanzierungsausschluss nahezu identisch sind. Es müsste im gleichen Maß wie beim Parteiverbot nachgewiesen werden, dass die AfD nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger aktiv und planvoll die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpft. Allein das Kriterium der Potentialität wird für einen Finanzierungsausschluss nicht benötigt. Wann die Schwelle der Potentialität überschritten ist, ist dabei in einer wertenden Gesamtbetrachtung zu prüfen, bei der etwa die Anzahl der Mitglieder, ihr Mobilisierungsgrad, ihre Wahlergebnisse und ihre Vertretung in Ämtern und Mandaten zu berücksichtigen sind (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 -, Rn. 587). Allein angesichts ihrer Umfragewerte von bundesweit ca. 20 Prozent dürfte die AfD (längst) die Schwelle der Potentialität überschritten haben.

Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich, dass der Antrag nach Art. 21 Abs. 3 GG nach Vorstellung des verfassungsändernden Gesetzgebers vor allem für Parteien unterhalb der Potentialitätsgrenze in Betracht kommen sollte. Der Finanzierungsausschluss soll im Bestfall verhindern, dass eine Partei die Potentialitätsschwelle überschreitet (vgl. auch Rn. 237). Auch die einfachgesetzliche prozessuale Ausgestaltung legt ein solches Verständnis nahe: Gem. § 43 Abs. 1 S. 2 BVerfGG kann der Antrag auf Parteienfinanzierung hilfsweise zum Parteiverbot für den Fall gestellt werden, dass die Potentialität im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht (mehr) vorliegt.

Die Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers hindern die antragsberechtigten Organe jedoch nicht, einen Antrag auf Finanzierungsausschluss einer Partei zu stellen, die die Potentialitätsschwelle deutlich überschreitet. Art. 21 Abs. 3 GG ist insbesondere nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Antrag *nur* für Parteien in Betracht kommt, die keine Möglichkeiten haben, ihre Ziele zu erreichen. Es steht im politischen Ermessen der Antragsberechtigten, ob sie keinen Antrag, einen Antrag auf Verbot oder auf Ausschluss einer Partei aus der staatlichen Parteienfinanzierung stellen.

Warum aber sollten einige Akteure trotz vorhandener Potentialität einen bloßen Antrag auf Ausschluss von der Parteienfinanzierung für einen besseren Weg als ein Parteiverbot halten? Die Antwort hierauf dürfte vor allem politischer Natur sein. Ein Parteiverbot ist umstritten und zuletzt bei der NPD zweifach gescheitert. Es ist zu erwarten, dass sich die AfD im Rahmen eines Verbotsverfahrens als Opfer staatlicher Repression stilisiert. Diese Gefahr bestünde jedoch bei einem Finanzierungsausschlussverfahren sogar in gesteigerter Form, denn die Partei kann im Falle eines erfolgreichen Ausschlusses von der Parteienfinanzierung weiterhin im Parteienwettbewerb teilnehmen. Sie behält ihre Mandate und kann gewählt werden. Die Partei erhält damit in jedem Wahlkampf, in jeder politischen Auseinandersetzung die Möglichkeit, den Finanzierungausschluss als vermeintlich rechtsstaatswidrige Benachteiligung durch das „Establishment" zu instrumentalisieren.

Fazit

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Ausschluss der „Heimat" aus der staatlichen Parteienfinanzierung ist zu begrüßen. Das Bundesverfassungsgericht hat unter anderem klargestellt, dass ein Finanzierungsausschluss ein zulässiges Instrument wehrhafter Demokratie ist und hat die Voraussetzungen für einen solchen Ausschluss erstmals konkretisiert. Die enge Auslegung von Art. 21 Abs. 3 GG am Tatbestand des Parteiverbots ist angesichts des nahezu identischen Wortlauts und der Entstehungsgeschichte der Norm überzeugend. Das Urteil kommt zudem zur „richtigen Zeit" und demonstriert, dass Verfassungsfeinde mit Mitteln des Rechts bekämpft

werden können. Allerdings sollte aus dem erfolgreichen Ausschluss der ehemaligen NPD von der staatlichen Parteienfinanzierung nicht vorschnell geschlossen werden, dass ein Finanzierungsausschluss das richtige Mittel zur Bekämpfung der AfD ist – insbesondere, da es nicht leichter umzusetzen ist als ein Parteiverbot.

Kathrin Groh

Das kleine Parteiverbot

Lässt sich die Junge Alternative über das Vereinsrecht verbieten?

doi: 10.59704/61d91840236116d9

Es wird viel diskutiert über Sinn und Unsinn oder Erfolg und Misserfolg eines Parteiverbotsverfahrens gegen die AfD. In der Zwischenzeit könnte die Bundesinnenministerin die AfD-Jugendorganisation JA (Junge Alternative) mit einem simplen Verwaltungsakt verbieten. So fordern das, auch beflügelt von der Eilentscheidung des VG Köln zur Einstufung der JA als gesichert rechtsextremistisch, zumindest immer mehr Stimmen. Ein Vereinsverbot dürfte sich jedoch als Schildbürgerstreich entpuppen, sollte sich das grundgesetzliche Parteienprivileg auch auf die JA erstrecken.

Denn die JA ist die Parteijugendorganisation der AfD. Nach § 1 ihrer Bundessatzung (JA-BS) ist sie als nichtwirtschaftlicher Verein nach § 21 BGB organisiert und kann durch Eintragung ins Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen. Nach § 2 JA-BS unterstützt sie die AfD bei ihren politischen Tätigkeiten. Sie hat laut Verfassungsschutzbericht etwa 2.000 Mitglieder (BMI, Verfassungsschutzbericht 2022, 91 ff.). Die Mitglieder der JA müssen nach § 10 JA-BS grds. nicht zugleich Mitglieder der AfD sein. Die JA gilt nicht nur der Verfassungsschutzbehörde im Bund, sondern auch in den meisten Ländern als gesichert rechtsextremistisch oder als Verdachtsfall und darf auch so bezeichnet werden. Die JA selbst ist keine Partei nach § 2 PartG. Sie ist vielmehr eine rechtlich verselbständigte Unterorganisation einer Partei, die sich in Form eines Vereins institutionalisiert hat.

Vereinsverbot - so viel leichter als ein Parteiverbot

Auch ein demokratischer Staat muss sich gegen seine Feinde mit juristischen Mitteln wehren können, sobald diese zu einer Gefahr für ihn werden. Verfassungsfeinden, die die Freiheiten des Grundgesetzes missbrauchen, um eben diese Freiheiten abzuschaffen, setzt die Verfassung die Instrumente der wehrhaften Demokratie entgegen – vor allem das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG und das Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG. Beide Verbotsverfahren sind dazu gedacht, die geballte Zerstörungskraft gut organisierter Verfassungsfeinde zu vernichten. Sie unterscheiden sich aber wesentlich in ihren formellen und materiellen Voraussetzungen.

Parteien unterfallen genau wie ihre Jugendorganisationen zunächst dem weiten Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG. Parteien sind nach § 2 PartG Vereinigungen von Bürger*innen. Art. 21 Abs. 1 GG stattet sie – anders als andere Vereinigungen – jedoch mit besonderen Aufgaben im politischen System der Bundesrepublik Deutschland aus, erhöht sie gegenüber einfachen politischen Vereinigungen und weist ihnen den Rang von Verfassungsinstitutionen zu (ständige Rspr. BVerfGE 1, 208 (255); 2, 1 (73); 144, 20 (512)).

Bürger*innen schließen sich in Parteien zusammen, um an der Willensbildung in Volk und Staat mitzuwirken. Parteien aggregieren Interessen und formulieren aus diesen Interessen politische Programme. Sie nehmen mit diesen Programmen an Wahlen zum Bundestag oder zu den Landtagen teil und versuchen, eine maximal große Zahl an Wählern für ihr Gesamtprogramm zu mobilisieren, um dieses Programm – im Falle ihres Wahlerfolges – durch ihr Personal in den entsprechenden Regierungsinstitutionen in Alltagspolitik umzusetzen. Parteien sind ein notwendiger Baustein der grundgesetzlichen Demokratie und deshalb gegenüber profanen politischen Vereinigungen besonders geschützt. Art. 21 Abs. 2 GG ist *lex specialis* zu Art. 9 Abs. 2 GG. Der höhere Schutzstatus auch von verfassungsfeindlichen Parteien schlägt sich nicht nur in den Verbotstatbeständen, sondern ebenso in den Verfahrensvoraussetzungen für ein Verbot und dem sog. Parteienprivileg nieder.

Um der AfD einen Schuss vor den Bug zu setzen, macht es durchaus Sinn, sich zunächst auf ihre Jugendorganisation zu konzentrieren und diese als Vereinigung zu verbieten. Das geht schneller und ist leichter. Während Parteien vom Verbotsmonopol des BVerfG und damit einem Richterprivileg profitieren, geht beim Verbot von Vereinigungen die Exekutive – hier nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VereinsG in Gestalt des BMI – mit einem Verbot in Form eines Verwaltungsakts in Vorlage, dessen sofortige

Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO in der Praxis in der Regel angeordnet und von den Gerichten bestätigt wird. Verbotenen Vereinigungen steht nur nachgelagerter Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu. Bis zu einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über ihren Fortbestand, müssen sie alle ihre Tätigkeiten einstellen. Sie hören auf zu existieren. Bereits das vollziehbare Verbot wird flankiert durch das Vereinigungsstrafrecht des § 20 VereinsG. Jeder, egal ob früheres Mitglied oder Außenstehender, der es nun unternimmt, die verbotene Vereinigung irgendwie am Leben und ihre verfassungsfeindliche Ideologie im Spiel zu halten, sei es dadurch, dass er ihr lautstark ihre Solidarität bekundet, für ihre Inhalte wirbt, Spenden sammelt oder selbst spendet, Veranstaltungen wie Benefizkonzerte oder Versammlungen für sie organisiert oder an ihnen teilnimmt, wird strafrechtlich verfolgt.

Auch die materiellen Voraussetzungen für ein Vereinsverbot sind sehr viel niedrigschwelliger als die für ein Parteiverbot. Während Parteien dann verbotsreif sind, wenn sie in aktiver, aggressiv-kämpferischer Weise *darauf ausgehen*, die *freiheitliche demokratische Grundordnung* (fdGO) zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, reicht es für das Verbot einer Vereinigung nach § 3 Abs. 1 VereinsG aus, wenn diese sich gegen die *verfassungsmäßige Ordnung richtet*. Anders als bei einer Partei, die wegen ihrer Stellung als Verfassungsorgan im Staatsgefüge aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur dann verboten werden kann, wenn sie das Potenzial hat, unsere liberale Demokratie zu zerstören (BVerfGE 144, 20 (225 Rn. 584 ff.)), muss das BMI mit einem Vereinsverbot nicht abwarten, bis ein politischer Verein die elementaren Grundsätze unserer Verfassung tatsächlich gefährdet. Verbote gegen rechtsextremistische Vereinigungen zählen zu den präventiven Verfassungsschutzmitteln, die tatsächlich weit im Vorfeld einer ernsthaften Gefahr für die Demokratie ausgesprochen werden dürfen. Sie greifen darüber hinaus verfassungsfeindliche Ideologie auch sehr viel umfangreicher ab als ein Parteiverbot. Wegen des Ausnahmecharakters eines Parteiverbots hält es das BVerfG nämlich für angezeigt, einen „reduzierten Ansatz“ zum Inhalt der Verfassungsschutzgüter der fdGO zu vertreten. Die fdGO, deren Zerstörung eine verbotsreife Partei planen muss, enthält nur noch einige wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind. Das sind die Menschenwürde, das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 144, 20 (204 Rn. 532 ff.)). Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung im Vereinsgesetz ist dagegen weiter und lehnt sich an die frühere Rechtsprechung des BVerfG zum Parteiverbot der SRP an (BVerfGE 2, 1 (79)). Nach einem Verbot ist die Neugründung gleichgelagerter Vereinigungen nicht möglich: Identische Nachfolgeorganisationen sind von dem ursprünglichen Verbot mitumfasst, teilidentische Ersatzorganisationen kann das Ministerium durch einfache Feststellungsverfügung nach § 8 Abs. 2 VereinsG verbieten.[1]

Unterfällt die JA dem Parteienprivileg der AfD?

Die besondere verfassungsrechtliche Stellung von Parteien schlägt sich in ihrem besonderen Schutz durch das Grundgesetz nieder. Aus dem Entscheidungsmonopol des BVerfG nach Art. 21 Abs. 2 GG erwächst das sog. Parteienprivileg. Es schützt alle Parteien, deren Verfassungswidrigkeit verfassungsgerichtlich noch nicht festgestellt worden ist – auch wenn sie von den Sicherheitsbehörden als gesichert verfassungsfeindlich geführt werden. Das Parteienprivileg verleiht der noch nichtverbotenen Partei eine uneingeschränkte Bestandsgarantie und gewährleistet ihr das Recht, sich politisch frei zu betätigen. Es entfaltet eine Sperrwirkung vor allem zulasten administrativer Maßnahmen, die die Partei an der Erfüllung ihrer Aufgabe aus Art. 21 Abs. 1 GG, nämlich an der politischen Willensbildung in Volk und Staat mitzuwirken, rechtlich hindern. Wie weit dieses Parteienprivileg gegenüber den Jugendorganisationen einer Partei reicht, ist umstritten.

Hier kann man sich zunächst auf eine formale Position zurückziehen: Das Verbot einer Partei erstreckt sich automatisch auf deren Teilorganisationen. Wer als Unterorganisationen einer Partei automatisch mit dieser mitverboten werden kann, weil er eine Teilorganisationen ist, soll folglich auch von der Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2 GG profitieren dürfen. Die sog. Neben- oder Hilfsorganisation einer Partei dagegen, die von ihrem Verbot nicht automatisch umfasst werden, unterliegen stattdessen dem selbständigen Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG.

Teilorganisationen sind diejenigen Unterorganisationen einer Partei, die in sie eingebunden sind und wesentlich von ihr beherrscht werden. Das BVerfG nutzt den Be-

[1] Näher insges. Groh, VereinsG, 2. Aufl. 2021.

griff der Teilorganisation im Zusammenhang mit Parteiverboten regelmäßig. Es hat etwa die Jungen Nationaldemokraten, die Jugendorganisation der ehemaligen NPD, in den Urteilsgründen zum NPD-Verbotsverfahren ohne nähere Ausführungen durchgehend als Teilorganisation der NPD benannt. Trotzdem ist der Inhalt des Begriffs wesentlich im Vereinsgesetz geprägt und in der Praxis des Parteiverbotsrechts bislang nicht ausgetestet worden. Im Vereinsrecht ist die Hürde aus gefahrenabwehrrechtlichen Gründen nicht besonders hoch gehängt, um eine Unterorganisation einer Vereinigung als Teilorganisation einzuordnen. Entsprechend muss auch die Einstufung der Unterorganisation einer Partei als deren Teilorganisation lediglich auf folgenden Indizien fußen: Neben der Satzungslage geben für ein wesentliches Näheverhältnis zwischen Mutter- und Tochterorganisation in der Regel den Ausschlag, inwieweit beide Organisationen personell, finanziell, inhaltlich und organisatorisch verflochten sind, und ob es demSelbstverständnis von Mutter- und Tochterorganisation entspricht, einander zugehörig zu sein.

Allein aus der Satzungslage von JA und AfD lässt sich bereits auf diese Verbundenheit schließen. Die JA stellt nach § 17a der Bundessatzung der AfD (AfD-BS) deren offizielle Jugendorganisation dar, die von ihr auch finanziert werden darf. Sie soll als „Innovationsmotor“ der AfD dienen. Ihre Einrichtung hat das Ziel, das Gedankengut der AfD unter der Mitgliedschaft der JA zu verbreiten und umgekehrt auch die besonderen Anliegen der Jugend in die AfD zu schleusen. Zu diesem Zweck dürfen die JAler Anträge in den entsprechenden Bundesorganen der AfD stellen und sind mit stimmlosem Sitz im Bundesvorstand der AfD vertreten. Die JA ist nach § 2 Abs. 3 JA-BS nach Papierlage zwar nicht weisungsgebunden, ihr einflussreicher Bundesvorstand muss allerdings nach § 29 Abs. 3 JA-BS mit AfD-Mitgliedern besetzt sein. Wie die Partei selbst ist auch die JA in Landes- und Ortsverbände untergliedert. Nach § 17a Abs. 4 AfD-BS hat die JA mit den politischen Grundsätzen der AfD konform zu gehen. Allerdings ist sie als Verein rechtlich verselbständigt.

Weil sich in Satzungen aber viel verschleiern lässt, kommt es, anders als die Literatur zum Teil meint,[2] für den Begriff der automatisch mitverbotenen Teilorganisation einer Partei nicht auf den rechtlichen Verselbständigungsgrad ihrer jeweiligen Unterorganisation an, sondern auf die Tiefe der gewollten und tatsächlichen Beziehungen zwischen beiden Organisationen. Je nach dem Modell der Wahl wäre es sonst nämlich möglich, die Jugendorganisationen von AfD und z.B. CDU als selbständige Vereine zu verbieten, die Jugendorganisation der SPD dagegen nicht, weil die Jusos rechtlich nicht verselbständigt, sondern nach § 10 Organisationsstatut der SPD als einfache Arbeitsgemeinschaft in die SPD eingegliedert sind. Da aber alle Jugendorganisationen von Parteien dieselbe Funktion für ihre Parteien erfüllen, muss das Verhältnis von Unter- und Mutterorganisation hier auch insgesamt funktional betrachtet werden, um die Teilorganisationseigenschaft von Jugendorganisationen einer Partei feststellen zu können.[3]

Entsprechend der Reichweite des Parteienprivilegs ist also zu fragen: Wirkt es sich auf die freie Teilnahme der AfD an der politischen Willensbildung in Volk (und Staat) aus, wenn ihre Jugendorganisation als Verein vom BMI verboten wird? Inwieweit Parteijugendorganisationen und ihre Mutterparteien tatsächlich miteinander verwoben sind, ist nicht besonders gut erforscht. Klar ist aber ihre Funktion: Sie sind Nachwuchsdepots und Kaderschmieden für ihre Partei und erfüllen für sie Akkumulierungsaufgaben. Sie werben in der jungen Generation für ihre Mutterpartei und entwickeln programmatische Ansätze im Interesse der jungen Wähler, die sie versuchen, im Gesamtprogramm ihrer Partei zu verankern. Sie erreichen vor allem die Jüngeren und sichern ihrer Partei damit potenzielle Wähler, Mitglieder- und Führungsnachwuchs. Verbietet das BMI die JA als Vereinigung, legt das die schlagkräftige, weil organisierte Jugend- und Nachwuchsarbeit der AfD auf unabsehbare Dauer lahm, da das Verbot strafrechtlich unterlegt ist und das Verbot von Nachfolge- und Ersatzorganisationen umschließt. Damit wird der AfD die Möglichkeit der erfolgreichen Erfüllung ihrer Aufgaben aus Art. 21 Abs. 1 GG bei den Jungwählern durch die Exekutive rechtlich wesentlich erschwert. Das Parteienprivileg ist seinem Telos nach deshalb hier anwendbar und entfaltet seine Sperrwirkung gegenüber einem isolierten Vereinsverbotsausspruch gegenüber der JA.

[2] Klein, in: DHS, Art. 21 GG Rn. 235.

[3] Morlok, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 42 f.

Defizitäre Rechtslage

Als an der politischen Willensbildung maßgeblich beteiligte Unterorganisation der AfD müssen also für ein Verbot der JA die verfahrens- und materiellrechtlichen Vorgaben aus Art. 21 Abs. 2 GG und §§ 43 ff. BVerfGG gelten. Allerdings sieht das Parteiverbotsrecht – anders als das Vereinsgesetz für Gesamtvereine – ein vom Parteiverbot selbst völlig abgekoppeltes Verbot von Unterorganisationen einer Partei nicht vor. Zwar kann das BVerfG das Verbot einer Partei nach § 46 Abs. 2 BVerfGG auf den rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei beschränken. Diese Entscheidung des Gerichts setzt zunächst aber einen Antrag auf Verbot der gesamten Partei voraus. Der Antrag nach § 43 BVerfGG lässt sich bislang nicht auf das Verbot eines Teils einer Partei beschränken. Das Vereinsgesetz ist wegen seiner geringeren Anforderungen an ein Verbot auf den vorliegenden Fall gar nicht anwendbar, weder direkt noch teleologisch reduziert, da schon allein das Rechtsstaatsprinzip bei einem derartigen Einschnitt in den verfassungsrechtlichen Schutzstatus von Parteien und Vereinigungen eine klare und bestimmte Ermächtigungsgrundlage verlangt, die mit § 3 Abs. 1 VereinsG für solche Fälle nicht gegeben ist.

Die JA kann also isoliert nicht verboten werden. Das ist unbefriedigend. Auf gut Glück gleichwohl mit einem Verbot der JA vorzupreschen, birgt Vor- und Nachteile. Erst einmal wird die JA zwar bis zur eventuellen Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen den Verbotsbescheid durch das BVerwG zumindest kurzfristig aus dem Verkehr gezogen. Scheitern das Verbot und seine vorläufige Vollziehbarkeit dann aber an der fehlenden Rechtsgrundlage, wird nicht nur das Opfernarrativ der AfD bedient, sondern auch eine empfindliche Lücke im Instrumentarium der wehrhaften Demokratie offenbar. Die Möglichkeit eines isolierten Verbots der Teilorganisation einer Partei in das einfache Recht aufzunehmen, etwa durch Ergänzung des § 43 BVerfGG oder des § 3 Abs. 1 VereinsG, wirft verfassungsrechtliche Fragen auf: Wie lässt sich ein Teilorganisationsverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG mit dem Erfordernis der Potenzialität für ein Parteiverbot in Einklang bringen? Wie lässt sich das Verbot der Teilorganisation einer Partei durch die Exekutive mit dem Parteienprivileg vereinbaren? Dieses Dilemma scheint sich nur auf verfassungsrechtlicher Ebene durch eine Ergänzung des Art. 21 Abs. 2 GG selbst lösen zu lassen, damit das Grundgesetz „in seiner gegenwärtigen Form die Gefahr, die in der Tätigkeit einer Partei bis zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit liegt“ eben nicht in diesem Umfang unnötig in Kauf nehmen muss.[4]

[4] Std. Rspr. BVerfGE 144, 20 (201 Rn. 526).

Hannah Katinka Beck, Marie Müller-Elmau

Eine wirkliche Gefahr für die Verfassung

doi: 10.59704/6bdc7700420cdc87

Recht und Gesetz sind keine Garanten dafür, dass sich staatliche Akteure an demokratische Spielregeln halten. Friedhelm Hufen hat in der FAZ kürzlich einen Text veröffentlicht, in dem er implizit das Gegenteil behauptet: Potenzielle Wahlerfolge der AfD in einem deutschen Bundesland seien keine Gefahr für die freiheitlich demokratische Grundordnung, weil die „Mechanismen der streitbaren Demokratie“ und die Gewaltenteilung Schutz genug sind. Aber Hufen verfehlt den Kern der Debatte. Here is why.

Seit Orbáns formal-legalistischen „Verfassungsreformen“, mit denen er durch Änderungen der Verfassung die Kompetenzen des Verfassungsgerichts, die Pressefreiheit und die Wissenschaftsfreiheit beschränkt hat, steht von der ungarischen Demokratie nur noch die Fassade. Die Regierung wird zwar durch demokratische Wahlen legitimiert, kann aber praktisch nicht mehr abgewählt werden. Gerichte urteilen weiter in Verfassungsfragen, aber die Gewaltenteilung ist *de facto* abgeschafft. Statt die liberale Demokratie offen zu bekämpfen, hat Orbán sie langsam von innen ausgehöhlt, und das ebenso still wie „legal“: In Einklang mit, und ohne Verstoß gegen die Gesetze und Gerichtsentscheidungen des demokratischen Systems.

Deutschland ist kein europäischer Spezialfall

Autoritär-populistische Parteien missbrauchen ihre demokratischen Rechte, um die demokratischen Rechte der Opposition und der Zivilgesellschaft im Namen des „Volkes“ abzuschaffen. Sie arbeiten aktiv gegen gesellschaftliche und politische Pluralität. Ihr Verhältnis zur Verfassung und den rechtsstaatlichen Institutionen ist instrumentell: Sie achten und respektieren sie nicht, wie es von staatlichen Akteuren erwartet wird, sondern nutzen sie als Mittel zum Zweck: dem eigenen Machterhalt. Sie arbeiten nicht *gegen* die demokratische Verfassung, sondern *mit* ihr.

Auch in Polen, Österreich, Italien und der Türkei konnten und können wir beobachten, wie autoritäre Populist*innen den Rechtsstaat Schritt für Schritt unterminieren. Weltweit wählen Bürger*innen die Gegner der liberalen Demokratie in ihre Parlamente. Die Rechtsextremismus-Expertin Natascha Strobl warnt deswegen davor, Deutschland für einen europäischen Spezialfall zu halten, das sich dem Aufstieg antidemokratischer Akteure einfach entziehen kann.

Kann es nicht – aus drei Gründen: Erstens agieren autoritär-populistische Parteien nicht in einem Vakuum; die AfD lernt von Fidesz, Trump und der PiS-Partei, lässt sich beraten, übernimmt Strategien, die funktionieren. Zweitens sind unser Recht und das Gesetz keine Garanten dafür, dass sich staatliche Akteure an die demokratischen Spielregeln halten. Der dritte Grund liegt in der öffentlichen Debatte um eine „Machtergreifung“ der AfD selbst, an die sich auch Hufen anschließt: Selbstberuhigungsthesen wie „Zentralstaaten sind weit anfälliger für Putsch und Verfassungsbruch“ lenken davon ab, was mit einer AfD-Landesregierung auf Zivilgesellschaft und Opposition zukäme – ohne Putsch und Verfassungsbruch.

Ein Blick in den Thüringer Landtag zeigt, dass einige der nicht mehr „ganz fernliegende[n]“ Szenarien, die Hufen in seinem Beitrag bespricht, längst politische Realität sind: Schon 2020 besaß die Thüringer AfD-Fraktion ein faktisches Veto in Entscheidungsprozessen. Sie blockierte den Richterwahlausschuss und zwang die anderen Parteien so dazu, einen AfD-Abgeordneten ins Landtagspräsidium zu wählen. Dafür brauchte sie nicht einmal eine Sperrminorität. Kurz zuvor schickte die AfD den Freistaat gezielt in eine Regierungskrise, weil sie bei der Wahl des Ministerpräsidenten im dritten Wahlgang nicht ihren eigenen Kandidaten wählte, sondern wider Erwarten den von der FDP. Bis die Minderheitsregierung einen Monat später ihre Arbeit aufnahm, hatte Thüringen keine Minister*innen und war nicht im Bundesrat vertreten.

Eine Analyse von solchen oder ähnlichen Szenarien dient nicht der Entwarnung: Gehen wir über die bloße Ausgangsbedingung hinaus und beschreiben wir, was bei einer AfD-geführten Landesregierung tatsächlich im Einzelnen passiert, im Kontext der Gesetzeslage *und* der po-

litischen Realtität, finden wir sehr wohl realistische Gefährdungslagen für Rechtsstaat und Demokratie. Diese Gefährdungslagen sind allein deswegen realistisch, weil sie sich in anderen europäischen Ländern bereits so oder so ähnlich empirisch beobachten lassen. Auch in unserer demokratischen Verfassung sind Ansatzpunkte zu finden, die autoritär-populistische Parteien missbrauchen können, um der Demokratie zu schaden. Zum Beispiel kann der Thüringer Ministerpräsident im Alleingang sämtliche Medien- und Rundfunkstaatsverträge kündigen und den öffentlich-rechtlichen Rundfunk damit gezielt vor große Herausforderungen stellen, indem er seine Finanzierung gefährdet, Menschen entlassen und Gremien neu besetzt werden müssen.

Sind juristisch und politisch plausible Szenarien identifiziert, erkennen wir Gefahren für Demokratie und Rechtstaat, *bevor* sie politische Realität werden. Dann können wir uns auf sie vorbereiten, gegebenenfalls mit Gesetzen gegensteuern und als Zivilgesellschaft demokratisches Engagement mobilisieren.

Hufens „Sicherheitsschlösser" sind Luftschlösser

Friedhelm Hufen identifiziert „keine wirkliche Gefahr für die Verfassung", weil er in seinen „Szenarien" übersieht, dass autoritär-populistische Parteien bewusst und proaktiv mit denselben demokratischen Konventionen brechen, auf denen unser Rechtsstaat fußt. Sie blockieren parlamentarische Abstimmungen, fluten Gerichte mit Anträgen, bringen Verwaltung und Regierung mit ihren Kleinen Anfragen zur Belastungsgrenze und nähren damit ihre Erzählung von den versagenden „Eliten". Die Thüringer AfD sät Chaos, bietet sich als einzig wahre Kraft für Recht und Ordnung an und erntet bei den kommenden Landtagswahlen im September die Früchte: stärkste Fraktion im Landtag, Vorschlagsrecht für die Landtagspräsident*in, Sperrminorität. Mit einem Drittel der Stimmen im Landtag lässt sich sehr viel mehr Sand ins parlamentarische Getriebe streuen. Ohne die AfD gibt es dann keine Verfassungsänderungen mehr, ohne sie kann sich die parlamentarische Kontrollkommission nicht mehr konstituieren, ohne sie kann der Landtag keine Verfassungsrichter*innen mehr ernennen.

Bricht eine autoritär-populistische Partei mit demokratischen Konventionen oder ignoriert sie sogar Verfassungsgrundsätze, heißt das nicht, dass sie damit auch durchkommt – aber auch hier verschätzt sich Hufen in der schützenden Wirkung unserer demokratischen Grundordnung. Es ist ein Kurzschluss, zu denken, dass alles Recht, das in der Verfassung steht, automatisch Wirklichkeit wird. Prozesse dauern, manche gerichtliche Verfahren ziehen sich über sieben oder acht Jahre – gerade solche, die sich vor dem Bundesverfassungsgericht abspielen. Beteiligt sich die AfD an einer Landesregierung, können wir uns nicht auf den Kompetenzen der Verfassungsrichter*innen ausruhen – in vielen Fällen ziehen sie die Grenzen, die die AfD überschreiten wird, erst im Nachhinein. So könnte Höcke mit einem verfassungswidrigen Gesetz politische Tatsachen schaffen, bevor ein Gericht es kassiert. Er könnte sogar Grundrechte verletzen, was ein Gericht in der Regel allenfalls feststellen, aber nicht ungeschehen machen kann.

Unabhängig davon hält das Recht nicht für jede Situation eine eindeutige Antwort parat. Das gilt im Besonderen für Szenarien, die bisher noch nicht in dieser Weise vorgekommen sind. Was passiert, wenn ein Bundesland ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts ignoriert? Welche Durchsetzungsbefugnisse hat der Bund gegenüber einem einzelnen Bundesland? Bisher ist für die Rechtswissenschaft in weiten Teilen unklar, wann und wie der Bundeszwang des Art. 37 GG anzuwenden ist, welche Maßnahmen rechtmäßig wären und inwiefern diese in der Verfassungswirklichkeit funktionieren. Auch die Frage, inwiefern der Bund finanzpolitisch und -verfassungsrechtlich auf Verfassungsmissbrauch in einzelnen Ländern reagieren könnte, ist noch offen.

Hufen argumentiert nicht nur an der politischen und rechtlichen Praxis vorbei, sondern auch an der Lebensrealität vieler (ost)deutscher Bürger*innen. Hufen nennt die Bundesländer „Sicherheitsschlösser streitbarer Demokratie", in denen eine „extremistische Partei [...] auf allen Ebenen der Staatlichkeit in Einzelfällen viel Unheil anrichten" kann. Es ist bemerkenswert, wie viel über die „Einzelfälle" Thüringen, Sachsen und Brandenburg gesprochen wird, ohne, dass *über* Thüringen, Sachsen und Brandenburg gesprochen wird. Um die Zivilgesellschaft dieser Länder in ihren Grundrechten einzuschränken, die Arbeit der politischen Opposition zu behindern und Mitarbeiter*innen an Schulen, Medien und kulturellen Einrichtungen unter Druck zu setzen, muss eine autoritär-populistische Ministerpräsident*in das Grundgesetz nicht ändern. Wer die Debatte um eine erstarkende autoritär-populistische Partei auf die Bundesebene verkürzt, trägt die Folgen auf dem Rücken derer aus, die sich bereits jahrelang für die liberale Demokratie engagieren.

Menschen, die in einer Diktatur gelebt haben. Menschen, die auf Listen rechtsextremistischer Organisationen stehen und nun zum ersten Mal überlegen, zu gehen.

Florian Schmid

An Unfortunate Trend of Vagueness

Why Germany Should Reconsider its Position on Functional Immunity Ratione Materiae

doi: 10.59704/e967e4bea8891b3f

The German Government is planning to change the procedural and substantive legal framework on international criminal law in Germany, with an expert hearing having taken place on 31 January 2024 before the German Parliament's (Deutscher Bundestag) Legal Affairs Committee. One aspect appears to have been totally neglected by the current draft proposal: the issue of functional immunity from foreign criminal jurisdiction in case of core crime charges.

Elsewhere, *Kai Ambos* has argued for the introduction of a new section to the German Code of Crimes Against International Law (Völkerstrafgesetzbuch – VStGB) stipulating that "*[f]unctional immunity (immunity ratione materiae) does not apply to the crimes contained in this law" (emphasis added)*. I do concur with *Ambos*, not only for substantial reasons (which I cannot elaborate on in detail, but cf. here, pp. 1276-1277 and here). In this post, I highlight an ambiguity regarding the personal scope of functional immunity arising from German case law which the German Government and Parliament should try to clarify within the current reform proposal. This is particularly important given that the ambiguity appears to have travelled to other jurisdictions as illustrated by the case of *Ziada v. Netherlands*. Taken together, this trend risks undermining recent efforts by the International Law Commission (ILC) on the matter.

The International and German side of the coin

International law provides for two categories of immunity in the context of domestic criminal prosecutions. As a rule, functional immunity *ratione materiae* applies to all official acts of a foreign state (irrespective of the foreign agent's rank) and is temporally unlimited. The issue at stake is whether this rule may be suspended in case of core crimes charges against individual state officials and to which crimes such exception applies. Immunity *ratione personae*, on the other hand, is personally and temporally limited (to the highest state representatives and only during their term of office). Moreover, the prevailing view does reject any exception to this rule based on international criminal law.

In its Draft Article 7 on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, the ILC suggests that immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of (certain) international core crimes such as genocide, crimes against humanity or war crimes. Notably, the exception suspends immunity irrespective of the official's rank, status, or position.

Yet, a widely reported judgment of the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) issued in 2021 risks introducing a troubling ambiguity into the Draft Article's underlying customary rule that appears to reduce its unlimited personal scope. The Court stated that – notwithstanding the general "existence of a functional immunity of foreign State officials of whatever rank for official acts" (para. 23) – there was a "general rule of customary international law [...] that, *at least*, the prosecution of foreign low-ranking State officials for war crimes or certain other offences affecting the international community as a whole is permissible by national courts" (para. 35; translations by *Nosakhare/Owino/Kreß*, ILR 200 (2022), 366 unless otherwise provided; emphasis added). The Court – addressing the individual criminal responsibility of a former officer in the Afghan National Army for war crimes – emphasized the defendant's low-ranking and subordinate function at several other occasions within its judgment (paras. 13, 16, 39), without clearly defining what "low-ranking" meant and why this criterion was relevant in the context of functional immunity (for a critical view, cf. here, pp. 1276-1277 and here).

In particular, the Court stated that "[t]he fact that immunity was recognized for persons acting on behalf of the State in other contexts does not affect the functional immunity of lower-ranking officials, which is relevant to the decision here. The immunity of certain high-ranking State representatives that may be recognized in criminal proceedings for war crimes does not preclude or

affect the charges brought against the accused in these proceedings, and neither does any immunity in civil proceedings" (para. 39). The Court continued by highlighting that it was "recognized that certain holders of high-ranking State offices, such as heads of State, heads of government or foreign ministers, enjoy immunity from the criminal jurisdiction of other States", but emphasized that this was a matter of immunity *ratione personae*, i.e. a different legal category. Even if such cases also involved aspects of functional immunity *ratione materiae*, constellations concerning heads of State, heads of government or foreign ministers did not allow to draw "any decisive conclusions [...] regarding the functional immunity of a military service member that is to be examined here" (para. 40).

A binary understanding of functional immunity(?)

The reasoning suggests that the Court follows a binary understanding of high-ranking officials (heads of State, heads of government or foreign ministers) and low-ranking officials (the rest). Another passage appears to support such a reading, stating that "under customary international law, no general functional immunity *ratione materiae* of subordinate officials of foreign States, *in particular soldiers* [emphasis added], precludes national criminal prosecution for war crimes" (para. 16). A chief of staff or other high-ranking officers are soldiers as well. The Court does not qualify the notion of "soldier". It remains unclear, however, why the Court feels obliged to limit its findings to low-ranking officials in the context of "functional immunity" at all. Introducing such a distinction outside the context of immunity *ratione personae* appears artificial, to say the least. It also threatens to undermine or contradict the ILC's view reflected in Draft Article 7 which does not provide for such differentiation.

Unfortunately, the German Government appears to have embraced the Court's ambiguous stance. In its comments on the ILC-Draft in November 2023, the German Government contended that Draft Article 7 was "a norm of customary international law 'in status [sic!] nascendi' " and that Germany discerned "a trend towards the acceptance of exceptions from immunity *ratione materiae* when it comes to the most serious crimes under international law" (para. 7). Yet, it also drew the attention of the ILC to the BGH decision, repeating its finding that "according to customary international law, criminal prosecution by a domestic court for certain war crimes was not barred by immunity *ratione materiae*, if 'the acts were committed abroad by a foreign State official of subordinate rank in the exercise of his sovereign functions against non-domestic persons' " (para. 8). The Government added that the judgment addressed the issue only vis-à-vis certain war crimes but had been interpreted "as providing a basis also for German courts to deem immunity *ratione materiae* inapplicable in cases involving other crimes under customary international law" (para. 8).

Unlike suggested by *Ambos*, the Government's last statement appears to primarily deal with the exception's *substantive* scope, i.e. the applicability of the immunity rule vis-à-vis core crimes other than war crimes (such as genocide, crimes against humanity etc.). However, the explicit reiteration of the BGH ruling in the statement, its silence on the caveat in the judgment as to low-ranking officials, and its cautious remarks on the nature of the immunity rule, indeed send an ambiguous signal, particularly vis-à-vis the exception's *personal* scope.

Ambos rightly points out that a legal clarification by the German Government and Parliament reaffirming the binding nature as well as the unlimited (personal) scope of the legal rule codified in Draft Article 7 would be politically desirable. In fact, such a statement – or even a new legal provision – is legally warranted as recent developments in another European country illustrate.

The dutch side of the coin

The equivocal signals sent by German judges and government officials – rightfully criticized by *Ambos* – are aggravated by developments in the Netherlands. In particular, the German Court's differentiation between low-ranking and other state officials invited Dutch judges to distinguish a case before them and affirm the functional immunity of high-ranking military commanders.

On 7 December 2021, The Hague Court of Appeals – dealing with a civil liability claim against senior military officers of the Israeli Defense Forces (IDF) for actions conducted during Operation Protective Edge in 2014 – confirmed the lower court judgment and dismissed the claim on the appeals stage. In doing so, the Court of Appeals relied on considerations of functional immunity. The fact that the case apparently involved former Israeli Minister of Defense and current Minister in the Israeli war cabinet, Benny Gantz, adds additional political controversy to this issue, but shall be set aside here. Suffice to say that the case involved alleged war crimes attributed to Gantz in his

capacity as then-IDF Chief of Staff (cf. here, para. 14).

What is interesting from an international legal perspective is, that the Court of Appeals' decision expressly relied on the German judgment in support of its findings on functional immunity. It noted that it was not "blind to developments in criminal law with regard to the immunity from functional jurisdiction, as is apparent from the judgment of the BGH of 28 January 2021 on the immunity of a low-ranking soldier in the army of a foreign State. In so far as there might already be some justification for extending this development to civil law, as things currently stand, this is in any case not applicable to a case such as the present one, which concerns very high-ranking military personnel who were carrying out official policy of the State of Israel, such that a judgment on their conduct would necessarily also amount to a judgment upon the conduct of the State of Israel" (para. 3.24, translation by an NGO involved in the proceedings). The Court of Appeals, thus, appears to perpetuate the artificial distinction between low-ranking and high-ranking officials in the context of functional immunity (first step). At the same time, it classified senior military officers as high-ranking officials, thus, calling into question the binary classification discussed above and adding another level of complexity (second step).

On 25 August 2023, the Supreme Court of the Netherlands upheld the decision (no official translation available), supported by only brief reasoning (cf. also here, paras. 29-33) which did not discuss German case law.

In December 2023, the plaintiff, Mr. *Ziada*, filed a complaint with the European Court of Human Rights (ECtHR) contending that his right to a fair trial under Art. 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) had been violated by the Dutch courts wrongfully assuming a case of functional immunity (cf. *inter alia* para. 36). The complaint contends that the Courts, in particular The Hague Court of Appeals, erred when relying "on the status and rank of the respondents" in the context of immunity *ratione materiae* (paras. 79, 92). It also touches upon the German BGH's decision (paras. 91-93) while omitting the decision's more equivocal passages.

Preliminary Observations

These developments underscore the need for a clear statement by the German Government and Parliament on the binding nature as well as the unlimited (personal) scope of the legal rule codified in Draft Article 7. A clarifying statutory regulation as suggested by *Ambos* would surely be an adequate remedy. Moreover, the phenomenon illustrates the significance of judicial dialogue on issues of international (criminal) law, a dialogue presumably becoming increasingly relevant in the not-so-distant future due to the increasing volume of universal jurisdiction cases in Europe (for a critical note in this regard, cf. here, pp. 375-377). Lastly, the phenomenon unfortunately suggests that the hesitant (and unconvincing) findings by the German judiciary provided (at least some) support for a Dutch decision further calling into question Draft Article 7.

The Dutch case is of particularly delicate nature given the persons involved, its merits and the current developments in the Middle East. I do not take any stance on these issues, particularly the conduct in question. It remains to be seen how the ECtHR will handle this complaint. Hopefully, the Court – being aware of its decision's wider ramifications on the law of immunity – will be able to consider the case appropriately despite its politically sensitive background.

Alice Bertram

Vater-in-waiting

Warum zehn arbeitsfreie Tage für den zweiten Elternteil ein unverhandelbares Minimum sind

doi: 10.59704/a9869b75899fe379

Kommt ein Kind auf die Welt, ist das schön – macht aber Arbeit. Das hat der Unionsgesetzgeber erkannt und den sogenannten Vaterschaftsurlaub zur Entlastung nach der Geburt normiert. Den nationalen Gesetzgeber konnte das bislang – trotz abgelaufener Umsetzungsfrist und Vertragsverletzungsverfahren – nicht zum Handeln bewegen. Das ist nicht nur ärgerlich für Eltern und unionsrechtswidrig, sondern offenbart auch ein tiefergreifendes Unvermögen, Zeitinteressen von Eltern normativ angemessen zu berücksichtigen. Es ist daher dringend an der Zeit, dass der Gesetzgeber sein Handeln an einem verfassungsrechtlichen zeitlichen Existenzminimum misst – gerade wenn es um einen so überschaubaren Zeitraum wie zehn Tage geht.

Was bislang (nicht) geschah

Vaterschaftsurlaub – was nach einem links-grünen Wahlkampfversprechen klingt, sollte bereits seit 2022 EU-weit geltendes Recht sein. Die Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige (Vereinbarkeitsrichtlinie) sieht einen unbedingten Anspruch auf zehntägigen bezahlten Vaterschaftsurlaub anlässlich der Geburt eines Kindes vor, der dem Vater bzw. zweiten Elternteilen zusteht.

Die Richtlinie war bis zum 2. August 2022 umzusetzen. Bislang ist das noch nicht geschehen und das, obwohl auch der Koalitionsvertrag eine „zweiwöchige vergütete Freistellung für die Partnerin oder den Partner nach der Geburt eines Kindes“ (S. 100 f.) vorsieht. Mittlerweile hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Zuletzt hat das Bundesfamilienministerium (BMFSFJ) – das die Notwendigkeit einer Umsetzung indes in Abrede stellt – eine Umsetzung für Anfang 2024 angekündigt. Diese Pläne bremste zuletzt die FDP, die eine arbeitgeberfreundliche Finanzierung anstrebt.

Problematisch ist die verschleppte Umsetzung vor allem aus zwei Gründen: Erstens fehlt dem zweiten Elternteil so ein verbrieftes Recht darauf, von Anfang an für das Kind da zu sein und der Partnerin eine gute Erholung von der Geburt zu ermöglichen. Zweitens zeigt die fehlende Umsetzung des gerade einmal zehn Arbeitstage umfassenden Anspruchs, wie wenig der Gesetzgeber Zeitarmut in der Gesellschaft wahrnimmt oder dieser begegnet. Die fehlende Umsetzung ist damit Teil der tiefergreifenden Problematik, dass der deutsche Gesetzgeber bislang kein „zeitliches Existenzminimum“ gewährt, das sich – wie ich es ausführlicher in meiner Dissertation herleite und unten knapp darstelle – mit guten Gründen der Verfassung entnehmen.

Kein Luxus, sondern Notwendigkeit

Wenige Bezeichnungen könnten unpassender als Vaterschafts-„urlaub“ sein, um das auszudrücken, was eigentlich damit gemeint ist. Denn ein „Urlaub“ bezeichnet üblicherweise eine Zeit, in der diejenigen, die ihn nehmen, völlig frei von anderen Verpflichtungen sind. Das ganze Gegenteil ist hier der Fall. Der Vaterschaftsurlaub dient, wie der Unionsgesetzgeber in der Vereinbarkeitsrichtlinie klarstellt, dazu Betreuungs- und Pflegeleistung für das neugeborene Kind zu übernehmen (Erwägungsgrund 19). Anerkannt wird, dass es nicht ausreicht, nur die Mutter bzw. Gebärende unmittelbar nach der Geburt freizustellen, die sich unmittelbar nach der Geburt zunächst körperlich von der Geburt erholen muss. Mit Blick auf diese besondere Bedarfslage erscheint der Vaterschaftsurlaub weniger ein luxuriöses Zeitgeschenk als eine dringend überfällige Anerkennung der Bedürfnisse von Eltern nach der Geburt.

Der Vaterschaftsurlaub bietet dem Vater bzw. zweiten Elternteil Gelegenheit, diese Unterstützung zu leisten. Darüber hinaus ist die erste Phase nach der Geburt besonders wertvoll, um eine enge Bindung zum Kind aufbauen zu können (Erwägungsgrund 30). Außerdem wird den Eltern ermöglicht, so bereits in den ersten beiden Wochen, Pflege- und Betreuungsleistungen zu teilen. Der vorgese-

hene Lohnausgleich soll einen Anreiz zur gemeinsamen Pflege und Betreuung schaffen (Erwägungsgrund 11).

Elternzeit ersetzt kein Vaterschaftsurlaub

Anders als das BMFSFJ meint, muss Deutschland trotz seiner umfassenden Reglungen zu Elternzeit und Elterngeld den Vaterschaftsurlaub in nationales Recht umsetzen. Denn die Elternzeit kann einen Vaterschaftsurlaub nicht ersetzen. Der Vaterschaftsurlaub knüpft spezifisch an die Geburt des Kindes an und gewährleistet für den sich daran unmittelbar anschließenden Zeitraum einen unbedingten Anspruch auf arbeitsfreie Zeit. Er muss nicht vorab beantragt und geplant werden. Mit Blick auf den in der Regel nur mit mehrwöchiger Unschärfe vorhersagbaren Geburtstermin, ist eine solche Planung auch nur schwer möglich. Zudem unterscheiden sich die ersten beiden Wochen nach der Geburt wesentlich von späteren Zeiträumen, da die Erholung von der Geburt nur diese Zeitspanne betrifft und in diesem Zeitraum besonderer Unterstützungsbedarf für Betreuung und Pflege des Neugeborenen besteht.

Schadensersatz bis zur Umsetzung der Richtlinie

Solange der Vaterschaftsurlaub in einem Mitgliedstaat nicht umgesetzt wird, dürfte es zu Schadensersatzansprüchen kommen: Entscheidet beispielsweise ein Vater nach dem 2. August 2022 und vor Umsetzung der Richtlinie, nach der Geburt seines Kindes zehn Arbeitstage Urlaub zu nehmen, könnte er einen Schadensersatz im Wege der Amtshaftung geltend machen (weitreichender von Roetteken, der sogar für eine unmittelbare horizontale Anwendung gegenüber dem Arbeitgeber argumentiert, ZTR 2022, 340).

Grundlage ist der Amtshaftungsanspruch gegen einen Mitgliedstaat bei fehlender Richtlinienumsetzung. Die Vereinbarkeitsrichtlinie gewährt als individualschützendes Recht den subjektiven Anspruch auf zehn Arbeitstage Vaterschaftsurlaub (Art. 4 Abs. 1) unter Zahlung mindestens in Krankengeldhöhe (Art. 8 Abs. 2), alternativ in 65%-Elterngeldhöhe (Art. 20 Abs. 7), oder höher orientiert an der Vergütung während des Mutterschaftsurlaubs (Erwägungsgrund 30). Ein Verstoß liegt in der Nicht-Umsetzung trotz Fristablauf zum 2. August 2022 durch den Mitgliedstaat Deutschland. Der Verstoß ist auch hinreichend qualifiziert, da das Ermessen zumindest verringert war: Verpflichtet waren die Mitgliedstaaten zur Mindestharmonisierung (zehn Arbeitstage mit Ausgleichszahlung in Höhe mindestens des geringsten der genannten Beträge), die jedenfalls nicht unterschritten werden darf.

Verlorene Zeit ist unwiederbringlich

Kausaler Schaden der Nicht-Umsetzung ist zunächst, dass Arbeitnehmer keinen bezahlten Vaterschaftsurlaub nehmen können. Der Ersatz dieses Schadens ist komplex, da Zeit ihrem Wesen nach nicht ersetzt werden kann. Ersatzfähig dürfte – je nach konkreter Fallgestaltung – jedoch der Verdienstausfall sein.

Nimmt ein Vater zehn Arbeitstage Urlaub nach der Geburt seines Kindes, wäre im Fall eines unbezahlten Urlaubs ein Schaden in Höhe der in der Vereinbarkeitsrichtlinie vorgesehenen Vergütung entstanden. Damit wäre zumindest der geringste der genannten Beträge (Krankengeld oder 65% des Elterngeldes) zu ersetzen. Handelt es sich beim Urlaub hingegen um bezahlten Urlaub, trifft den Vater ein Schaden in der Form, dass sein Urlaubsanspruch sich für das verbleibende Jahr verringert. Soll dieser Zeitschaden ausgeglichen werden, müsste er unbezahlten Urlaub im Umfang von zehn Arbeitstagen nehmen. Auszugleichen wäre hier also das volle Regelentgelt für zehn Arbeitstage.

Nur die Spitze des Eisbergs

Die ausbleibende Umsetzung des Anspruchs auf Vaterschaftsurlaub erscheint mit Blick auf die Gestaltung von Zeit durch Recht als Symptom eines umfassenderen Problems. So versäumt es der Gesetzgeber bisher, die Zeitbedürfnisse unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen zu adressieren und strukturell bedingter Zeitarmut entgegenzuwirken. Insbesondere hat es der Gesetzgeber bislang unterlassen, bei der rechtlichen Gestaltung von Arbeitszeit strukturell die Zeiten zu berücksichtigen, die für Pflege und Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen (sogenannte Care-Arbeit) notwendig sind.

Blickt man etwa auf die Regelung wöchentlicher Höchstarbeits- bzw. Mindestruhezeiten, setzt das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) klare Grenzen mit der Begrenzung auf werktäglich acht Stunden Arbeit, d. h. höchstens 48 Wochenstunden (Sonntag ist kein Werktag), § 3 S. 1 ArbZG. Die Überschreitung dieser Arbeitszeit wird mit dem Argument abgelehnt, dass ein Mehr an Erwerbsar-

beit eine ausreichende Erholung von der Arbeit gefährde. Unberücksichtigt bleiben dabei weitere Zeiten wie Care-Arbeit, aber auch politisches und ehrenamtliches Engagement, das weder Erwerbsarbeit noch Erholung von dieser ist.

Ginge es tatsächlich darum, ein Mindestmaß an Erholung zu sichern, müssten auch diese Zeiten berücksichtigt werden – etwa im Fall des Vaterschaftsurlaub auch die zeitliche (Über-)forderung, die wohl typischerweise entstünde, wenn der zweite Elternteil zugleich arbeiten müsste sowie die unmittelbar nach der Geburt besonders umfänglichen Betreuungs- und Pflegeaufgaben für das Neugeborene zu großen Anteilen übernähme.

Der grundrechtliche Schutz von Zeit

Mit Blick auf die Grundrechte spricht meines Erachtens einiges dafür, dass sie die Ressource Zeit schützen beziehungsweise auch einen Schutz vor zeitlicher Überforderung gewährleisten. Denn Zeit ist notwendige Voraussetzung jeder Handlung und damit auch jeder Grundrechtsausübung. Grundrechtlicher Schutz läuft leer, wenn schlicht die Zeit dafür fehlt, geschützte Handlungen wahrzunehmen. Ein staatlicher Eingriff in verfügbare Zeit verkürzt daher stets die Möglichkeit, die eigenen Grundrechte wahrzunehmen (Potentialität) und stellt damit zumindest einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG dar.

Es ist von besonderer Bedeutung, die durch einen Eingriff „verlorene Zeit“ (und nicht etwa nur die Zwecke, zu denen sie genutzt werden könnte) zu betrachten, da die Zeit zum einen nicht wiedergewonnen werden kann und zum anderen auch erst die Betrachtung von Zeit das Zusammenspiel unterschiedlicher Einflüsse offenlegen kann, die womöglich erst zusammen zu Zeitarmut führen. Folgt man diesem Gedanken, sind staatliche Eingriffe in die Verfügbarkeit von Zeit grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit.

Für ein zeitliches Existenzminimum

Ein solcher negativer Freiheitsschutz begründet zwar kein positives „Recht auf Zeit“, doch sprechen aus meiner Sicht gute Gründe dafür, dass das Grundgesetz auch ein „zeitliches Existenzminimum“ gewährleistet. So stand das Bundesverfassungsgericht im „Klimaschutzbeschluss“ der Erwägung offen gegenüber, dass das Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG auch nicht-monetäre Voraussetzungen umfassen könnte (Rn. 114). Im Fall des Klimaschutzbeschlusses erwog es, dass die vom Existenzminimum umfasste Gewährleistung sozialer Teilhabe und körperlicher Integrität ökologische Voraussetzungen umfassen könnte.

Dieser Gedanke ist auf die Ressource Zeit zu übertragen. Denn um soziale Teilhabe und körperliche Integrität zu gewährleisten ist auch Zeit eine notwendige Voraussetzung. Kann nicht über ausreichend Zeit verfügt werden, kann die Teilhabe an der Gesellschaft weder in kultureller noch sozialer Hinsicht erfolgen. Auch die körperliche Integrität kann – da Tätigkeiten wie Schlafen, Essen oder Duschen ebenfalls Zeit benötigen – nicht gewährleistet werden, ohne über ein Mindestmaß an Zeit zu verfügen.

Dies spricht dafür, dass ein Mindestmaß verfügbarer Zeit nach Abzug der für den Lebenserhalt notwendigen Arbeitszeit (wobei gerade Jurist*innen oft über dieses Mindestmaß hinaus arbeiten) sowie weiteren zeitlichen Verpflichtungen wie Care-Arbeit verbleiben muss. Mit Blick auf tatsächliche Zeitverteilungen, die regelmäßig in empirischen Zeitstudien erfasst werden, müssten also insbesondere Gruppen wie berufstätige Alleinerziehende in den Blick genommen werden. Sie verfügen nach Abzug der Zeiten, die sie im Beruf verbringen und die Betreuung ihrer Kinder aufwenden, über ganz besonders wenig Zeit für anderes, etwa für soziale Teilhabe. Auch der Vaterschaftsurlaub adressiert eine – wenngleich kürzere – Phase besonderer Zeitarmut.

Ein kleiner Schritt für mehr Zeitgerechtigkeit

Den Anspruch auf Vaterschaftsurlaub umzusetzen, ist ein kleiner und überfälliger Schritt auf dem Weg zu einer gerechteren Zeitverteilung. Die finanzielle Belastung für den Bundeshaushalt, die mit unionrechtswidrigem Handeln verbunden ist, könnte auch die FDP dazu veranlassen, ihre aktuelle Blockadehaltung noch einmal zu überdenken und auch Vätern ein Recht auf Zeit gewähren.

Kerem Dykast

Geschwiegen und doppelt bestraft

Wenn Zeug:innen die Aussage verweigern

doi: 10.59704/cf5d14351a4b875a

Drei Sozialarbeiter:innen eines Fanprojekts des Karlsruher SC weigern sich, im Strafverfahren über Vorgänge auszusagen, die ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit bekannt geworden sind. Sie müssen Ordnungsgelder zahlen. Darüber hinaus ermittelt die Staatsanwaltschaft wegen Strafvereitelung durch Unterlassen gegen sie. Wie viele Strafverfahren dieser Art gegen Sozialarbeiter:innen geführt werden, ist der Bundesregierung nicht bekannt. Das hat eine Kleine Anfrage der Linkspartei kürzlich ergeben (BT-Drs. 20/9918, S. 9).

Das Vorgehen, die unberechtigte Zeugnisverweigerung nicht nur mit Ordnungsgeld zu ahnden, sondern auch als Strafvereitelung durch Unterlassen (§§ 258, 13 StGB) zu verfolgen, kam in den 1990er Jahren auf[1] und entspricht heute ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung (OLG Hamm, B. v. 9.11.2017 – 4 RVs 127/17, Rn. 10, 12 mwN). Diese Praxis verletzt jedoch das Menschenrecht, für ein und dieselbe Tat nicht mehrfach verfolgt zu werden (*ne bis in idem*). Dies ergibt sich aus Art. 14 Abs. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), in dem der Verfahrensgrundsatz neben Art. 103 Abs. 3 GG verankert ist.

Selbst eine fortgesetzte Weigerung ist nur eine Tat

Nach Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand „wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden." Gegen Zeug:innen, die sich unberechtigt weigern, vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft (§ 161a Abs. 2 Satz 1 StPO) zu erscheinen und auszusagen wird gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 70 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Ordnungsgeld von maximal 1000 Euro (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EGStGB) festgesetzt.[2] Die Strafverfolgung wegen Strafvereitelung durch Unterlassen knüpft an dieselbe Weigerung an.

In der Praxis kann es vorkommen, dass Zeug:innen sich fortgesetzt weigern, wenn sie erneut geladen bzw. vernommen werden, nachdem gegen sie bereits ein Ordnungsgeld festgesetzt worden ist. Selbst dann liegt aber rechtlich nur eine einheitliche Weigerung vor. Der Vereitelungserfolg des § 258 StGB tritt nämlich in diesen Fällen überhaupt nur ein, weil[3] sich der Zeuge fortgesetzt zu allen Vernehmungsterminen weigert zu erscheinen bzw. auszusagen (mit diesem Rechtsgedanken: BGH, B. v. 2.12.2008 – 3 StR 203/08 –, Rn. 15). Das Verhalten, das hier als Strafvereitelung verfolgt wird, umfasst daher als Teilakt auch die ursprüngliche Weigerung, für die bereits das Ordnungsgeld verhängt worden ist. Rechtlich handelt es sich daher um dieselbe Tat, die hier mehrfach bestraft werden soll.

Ordnungsgeld war schon immer „Geldstrafe"

Im Sinne des Art. 103 GG sind nämlich nicht nur die von § 258 StGB angedrohten Geld- und Freiheitsstrafen, sondern auch die Ordnungsgelder nach §§ 51, 70 StPO Strafen. Der Begriff ist für Abs. 2 und 3 einheitlich auszulegen (BVerfGE 128, 326, Rn. 142). Erfasst sind „staatliche Maßnahmen [...], die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient" (BVerfGE 109, 133, Rn. 129). Das trifft auf die Ordnungsgelder zu. Es handelt sich nicht um Zwangsmittel, sondern um Sanktionen für begangenen Ungehorsam (BVerfGE 76, 363, [385]; OLG Frankfurt a. M., B. v. 30.10.2013 – 2 Ws 58/13, Rn. 5; anders OLG Hamm, B. v. 9.11.2017 – 4 RVs 127/17, Rn. 12).

Die heutige Formulierung „Ordnungsgeld" fand mit dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. 1974 I S. 469) erstmals Einzug in

[1] Zur Entwicklung: Quatmann, Zur Strafvereitelung durch unberechtigte Zeugnisverweigerung, Hamburg, 2016, S. 1 f mwN.

[2] Ausnahmsweise gilt dasselbe bei einer polizeilichen Vernehmung, wenn der Ladung zur Vernehmung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt (§ 163 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 StPO).

[3] Kritisch hinsichtlich der Möglichkeit der Erfolgsabwendung und der Kausalität: Quatmann, S. 72-93.

den Gesetzeswortlaut. Ausweislich der Gesetzesbegründung beabsichtigte der Gesetzgeber damit gerade eine genauere begriffliche Unterscheidung: Der Begriff „Ordnungsgeld" sollte fortan „[r]epressive Rechtsfolgen für einen vorausgegangenen Ordnungsverstoß" bezeichnen, „Zwangsgeld" und „Zwangshaft" demgegenüber Zwangs- und Beugemaßnahmen (BT-Drs. 7/550, S. 195 f, S. 289).

Zuvor war im Gesetz von einer „Ordnungsstrafe" und ursprünglich von einer „Geldstrafe" die Rede gewesen.[4] Die Terminologie war kein Zufall, sondern entsprach von Anfang an einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung zu einer bestrafenden Rechtsfolge.[5] Dementsprechend ist das Bundesverfassungsgericht selbst bei einer „Geldstrafe" nach § 890 ZPO aF von einer Strafe ausgegangen, also bei einer Maßnahme der Zwangsvollstreckung (BVerfGE 20, 323, [332 ff]).

Generalprävention ist kein Zwang

Dieser gesetzgeberischen Zweckbestimmung entspricht es, dass der Zeuge ein einmal festgesetztes Ordnungsgeld auch dann bezahlen muss, wenn er seine Weigerung zwischenzeitlich aufgegeben hat.[6] Ein Zwangsmittel hätte damit seinen Zweck erreicht, sodass jede weitere Anwendung desselben offensichtlich unverhältnismäßig wäre. Indes sehen weder die StPO noch die Art. 5 ff EGStGB und auch nicht das Justizbeitreibungsgesetz vor, dass in diesem Fall die Festsetzung des Ordnungsgeldes aufzuheben oder seine Beitreibung einzustellen wäre.

Unter diesen Vorzeichen kann die Festsetzung des Ordnungsgeldes selbst auch rein tatsächlich gar keinen Druck auf den Zeugen ausüben. Denn ebenso, wie der Zeuge nichts mehr zu gewinnen hat, wenn er seine Weigerung aufgibt, hat er nichts mehr zu verlieren, wenn er sie fortsetzt. Es ist daher nicht das konkret festgesetzte Ordnungsgeld, das einen real auftretenden Widerstand des Zeugen brechen soll. Stattdessen ist es die abstrakte Androhung des Ordnungsgeldes im Gesetz, die alle Zeug:innen davor abschrecken soll, ihren gesetzlichen Zeugenpflichten zuwider zu handeln. Es geht also darum, einen nur hypothetisch möglichen Widerstand von vornherein zu verhindern. Diese Art der „Zwangswirkung" gehört aber gerade zur typischen Wirkungsweise eines Strafgesetzes, genauer: Es handelt sich um den Strafzweck der negativen Generalprävention.

Schuldprinzip und Vergeltungsfunktion

Eine staatliche Sanktion darf generell nur für ein Verhalten verhängt werden, das nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft ist. Alles andere verstieße gegen das Schuldprinzip und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfG, B. v. 29.3.2007 – 2 BvR 224/07, Rn. 14). Dementsprechend ist anerkannt, dass die Festsetzung von Ordnungsgeldern Schuld voraussetzt (BGH, B. v. 27.1.2021 – StB 44/20, Rn. 30 mwN).

Bei geringer Schuld soll es möglich sein, in analoger Anwendung des § 153 StPO von der Festsetzung eines Ordnungsgeldes abzusehen (OLG Dresden, B. v. 24.2.2015 – 2 Ws 82/15 -, mwN). Dies belegt zugleich, dass das Ordnungsgeld über seine generalpräventive Wirkung hinaus eine Vergeltungsfunktion („Schuldausgleich") hat. Nur so lässt sich erklären, weshalb die Einstellungsmöglichkeit vom Ausmaß der Schuld abhängig ist. Historisch ging bereits das Reichsgericht davon aus, dass die Ordnungsgelder (damals „Geldstrafen") Vergeltungscharakter haben (RGSt 57, 29 [29]).

Strafe ja, aber nicht nach den allgemeinen Strafgesetzen

Ordnungsgelder nach §§ 51, 70 StPO sind also Strafen im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG. Trotzdem verstößt es im Ergebnis nicht gegen die *ne bis in idem* Garantie des Grundgesetzes, die unberechtigte Zeugnisverweigerung sowohl mit einem Ordnungsgeld zu sanktionieren als auch als Strafvereitelung zu verfolgen. Dies liegt daran, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 3 GG auf die *allgemeinen* Strafgesetze beschränkt. Darunter sind nach dem Willen des historischen Verfassungsgebers nur die echten Kriminalstrafgesetze zu verstehen (BVerfGE 43, 101 [105]; 21, 391 [401]). Die echte Kriminalstrafe grenzt sich von anderen Strafen dadurch ab, dass sie „mit einem ehrenrührigen, autoritativen Unwerturteil" über die Tat verbunden ist (BVerfGE 43, 101 [105]). Ein solches Unwerturteil soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers mit der Festsetzung von Ordnungsgeld gerade nicht verbunden sein (BT-Drs. 7/550, S. 195). Bei den Ordnungsgeldern nach §§ 51, 70 StPO handelt es sich daher zwar um

[4] Grüneberg, MDR 1992, 326 (328 f).

[5] Quatmann, S. 42-52.

[6] Quatmann, S. 175.

Strafen, aber eben nicht um Kriminalstrafen.

Ne bis in idem im Mehrebenensystem

Die *ne bis in idem* Garantie ist aber nicht nur in Art. 103 Abs. 3 GG verankert, sondern auch in Art 14 Abs. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), den Deutschland 1973 ratifiziert hat. Aufgrund des Zustimmungsgesetzes (BGBl. 1973 II S. 1533) gelten die menschenrechtlichen Gewährleistungen des IPbpR im Rang eines förmlichen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG). Sie sind in Deutschland bindendes Gesetzesrecht für Behörden und Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG).

Art. 103 Abs. 3 GG enthält als grundrechtsgleiches Recht nur eine Mindestgarantie gegen mehrfache Bestrafung. Der einfache Gesetzgeber kann daher durch das Zustimmungsgesetz zum IPbpR auch einen darüber hinausgehenden Schutz einräumen. Völkerrechtlich ist die Bundesrepublik Deutschland eben hierzu verpflichtet, da Art. 14 Abs. 7 IPbpR einen solchen weitergehenden Schutz tatsächlich gewährt:

Die Bedeutung des nationalen Rechts

Art. 14 Abs. 7 IPbpR lautet:

> *„No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.“*[7]

Der Begriff der Straftat (offence oder auch criminal offence) ist dabei einheitlich mit dem der strafrechtlichen Anklage (criminal charge) zu verstehen, der in Art. 14 IPbpR ebenfalls Verwendung findet (*Strik v. Netherlands*, para. 7.3.) Erfasst sind jedenfalls Taten, die nach den innerstaatlichen Strafgesetzen für strafbar erklärt sind (*Osiyuk v. Belarus*, para. 7.3). Schon deshalb lässt sich argumentieren, dass Art. 14 Abs. 7 IPbpR der zusätzlichen Verfolgung wegen Strafvereitelung entgegensteht, wenn der Zeuge bereits rechtskräftig mit einem Ordnungsgeld belegt worden ist. Denn, wie soeben gezeigt wurde, sind die §§ 51, 70 StPO verfassungsrechtlich durchaus als Strafgesetze anzusehen, nur nicht als „allgemeine Strafgesetze“.

Letztlich kommt es auf diese Frage aber nicht entscheidend an. Denn nach seinem Sinn und Zweck kann Art. 14 Abs. 7 IPbpR auch dann anwendbar sein, wenn das innerstaatliche Recht einem Gesetz nicht den Charakter eines Strafgesetzes beimisst (auch zum Folgendem: Osiyuk v. Belarus, para. 7.3). Andernfalls stünde es nämlich im Belieben eines jeden Vertragsstaates, die Reichweite seiner eigenen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus dieser Vorschrift zu bestimmen.

„Strafgesetze“ im Sinne des IPbpR

Stattdessen ist Art. 14 IPbpR ein eigenständiger Begriff des Strafgesetzes zugrunde zu legen.[8]

Zur Begriffsbestimmung ist darauf abzustellen, ob eine staatliche Sanktion aufgrund ihres Zweckes, ihrer Rechtsnatur *oder* ihrer Schwere als Strafe für kriminelles Unrecht anzusehen ist. Das nach Art. 28 Abs. 1 IPbpR errichtete Human Rights Committee führt hierzu aus:

> *„criminal charges relate in principle to acts declared to be punishable under domestic criminal law. The notion, however, may also extend to acts that are criminal in nature with sanctions that, regardless of their qualification in domestic law, must be regarded as penal because of their purpose, character or severity. In this respect, the Committee notes that the concept of a »criminal charge« bears an autonomous meaning, independent of the categorisations employed by the national legal system of the States parties, and has to be understood within the meaning of the Covenant. Leaving State parties the discretion to transfer the decision over a criminal offence, including imposition of punishment, to administrative authorities and, thus, to avoid the application of the fair trial guarantees under article 14, might lead to results incompatible with the*

[7] Deutsche Übersetzung: „Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden“; verbindlich ist jedoch gemäß Art. 53 Abs. 1 IPbpR der englische wie gleichermaßen auch der chinesische, französische, russische und spanische Wortlaut.

[8] Deshalb ist eine Anpassung des Art. 103 Abs. 3 GG an Art. 14 Abs. 7 IPbpR im Wege völkerrechtsfreundlicher Auslegung nicht veranlasst, vgl.: BVerfGE 128, 326, Rn. 142.

> *object and purpose of the Covenant*“ (*Osiyuk v. Belarus*, para. 7.3).

Wie oben dargelegt wurde, sind Ordnungsgelder nach den §§ 51, 70 StPO repressive Sanktionen für begangenes, abgeschlossenes Unrecht. Sie dienen zudem der Abschreckung und damit dem Strafzweck der negativen Generalprävention. Damit erfüllen die §§ 51, 70 StPO Funktionen, die klassischerweise das Kriminalstrafrecht verfolgt, und sind in ihrer Rechtsnatur mit Kriminalstrafgesetzen vergleichbar. Bei den Ordnungsgeldern nach diesen Vorschriften handelt es sich daher um Strafen im Sinne des Art. 14 Abs. 7 IPbpR (mit diesen Argumenten auch *Osiyuk v. Belarus*, para. 7.4).

Ergebnis

Das hat zur Folge, dass nach rechtskräftiger Festsetzung eines Ordnungsgeldes jede weitere Verfolgung der unberechtigten Zeugnisverweigerung (als Strafvereitelung) ausgeschlossen ist. Die *ne bis in idem*-Garantie begründet jedenfalls ein unüberwindbares Verfahrenshindernis.

Überzeugender erscheint jedoch, die unberechtigte Zeugnisverweigerung schon nicht als Strafvereitelung zu werten und stattdessen die §§ 51, 70 StPO als abschließende Spezialregelung zu begreifen. Systematisch ist es wenig überzeugend, zunächst die Strafbarkeit – entgegen zahlreicher sonstiger Bedenken[9] – zu bejahen, wenn sodann in ausnahmslos allen Fällen ein Verfahrenshindernis der Verfolgung entgegenstünde. Das (Straf-) Verfahrensrecht dient dazu, materielles Recht zu verwirklichen.[10] Zwar zieht das Verfahrensrecht insoweit auch prozessuale Grenzen, im Ausgangspunkt aber besteht ein Gleichlauf zwischen Prozessrecht und materiellem Recht. Es wäre daher systemwidrig anzunehmen, das materielle Recht ordne die Bestrafung eines bestimmten Verhaltens an, während das Prozessrecht gerade dies verbietet.

So oder so ist bereits die Einleitung eines Strafverfahrens rechtswidrig, da es an dem nach § 152 Abs. 2 StPO erforderlichen Anfangsverdacht einer verfolgbaren Straftat fehlt. Ein gleichwohl betriebenes Strafverfahren oder gar eine Verurteilung verletzt den Beschuldigten in seinem Menschenrecht aus Art. 14 Abs. 7 IPbpR.

[9] Eingehend: Quatmann; zustimmend: Cramer, in: MüKo, 4. Aufl. 2021, § 258 StGB, Rn. 22.
[10] Kudlich, in: MüKo, 2. Aufl. 2023, StPO Einl., Rn. 2, 5 f.

Teresa Quadt

No Benefit

Germany's section 96 in light of the Kinshasa Referral

doi: 10.59704/e758eeafcb91323c

On January 18, 2024, the German federal parliament (*Bundestag*) passed the controversial Repatriation Improvement Act. The Act extends the scope of criminal liability for the smuggling of migrants regulated in Section 96 of the German Residence Act (*Aufenthaltsgesetz*). Before the amendment, due to the requirement of a benefit in return for assistance, humanitarian support was excluded from its scope. The legal changes result in a de facto criminalisation of humanitarian support for entry by land as well as entry of minors by sea, land, and air. The German provision resembles both in wording and substance Article 12 of the Italian Consolidated Immigration Act (TUI). Both provisions transpose the EU Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA (the so-called Facilitators Package) into national law aiming to control migratory flows and combat transnational, commercial crimes such as migrant smuggling.

Due to the lack of an exception for non-commercial assistance, the CJEU is set to rule on the compatibility of both the European and Italian provision on the facilitation of migration with EU primary law, including the EU Charter of Fundamental Rights, following a preliminary reference procedure (Art. 267 TFEU) that was initiated in July 2023 (CJEU – Case C-460/23). If the CJEU rules that the Facilitators Package is invalid, Germany will have to repeal the legal changes. While it is a controversial issue which effect a *pending* referral has, in particular on the legislator, in the current case, the German government should have suspended the legislative process because it disregards the function of Art. 267 procedures, creates legal uncertainty and endangers fundamental rights.

The Kinshasa referral before the CJEU

The Kinshasa case turns on criminal proceedings against a Congolese woman who travelled to Italy by air with her minor daughter and niece using forged documents to apply for asylum. She was prosecuted under Art. 12 of the Consolidated Immigration Act (Legislative Decree 286/1998 referred to as TUI) which criminalises the facilitation of unauthorised border crossings to Italy.

The case was referred to the CJEU by the criminal court in Bologna because it had doubt whether Art. 12 TUI and the EU Facilitators Package are compatible with the EU Charter. Specifically, the Court is asked whether the provision criminalising assistance to entry not in exchange for profit violates the principle of proportionality read in conjunction with several rights such as the right to liberty (Art. 6) and the right to asylum (Art. 18) because it does not provide for an exception for "non-profit-making" behaviour.

The uncertain effect of pending referrals before the CJEU

If the CJEU issues a decision of invalidity, it has *erga omnes* effect ("towards all"). This means that the decision is not only binding for member states' courts but also for the administration, i.e. the legislator. However, it is unclear what effect pending proceedings have and whether courts and legislators should suspend their proceedings until the CJEU has issued its decision.

With respect to the referring court, Art. 23 of the Statute of the CJEU stipulates the suspension of the procedure that underlies the referral. This must be interpreted, as the CJEU recently ruled, as suspending the aspect of the procedure that is subject to the question to the CJEU (CJEU – C-176/22, Judgment 17 May 2023, para 32). Other activities such as resuming criminal investigations, may be continued. Other judicial bodies within the EU have no obligation to stay a proceeding that turns on the same question, but in identical cases, they have the right to.

The German Federal Labour Court (*BAG*) clarified that suspending national proceedings is permissible in civil cases if the outcome of the proceedings depends on the decision of the CJEU (BAG Case no. 6 AZR 481/09 (A), Decision 20 May 2010). The German Federal Court of Justice (*BGH*) confirmed such right to stay and emphasised that the function of the CJEU would otherwise be impaired (BGH – Decision 24 January 2012 – VIII ZR 236/10,

para 8). In parallel to the interpretation or validity of EU law, the CJEU further ruled that this right extends to the validity of a Commission decision (CJEU – C-135/16, Judgment 25 July 2018, para 24). Courts have the right to suspend proceedings provided that the case is identical or substantively similar and thus affected by the referred question. This applies to laws such as Art. 12 TUI and the EU directive as well as the framework decision by the EU Commission.

In support of a right to suspend

In a more recent ruling, the BAG provided several additional arguments for a suspension (BAG – Case 10 AZR 397/20 (A), Judgment 3 December 2019). The main reason supporting the right to suspend is the principle of economy of procedure since it aims to reduce the double burden on courts (BAG, 2019, para 22). As a consequence, other courts do not have to refer the question and the CJEU is not overburdened with similar referrals. This is supported by the case law on exceptions to the obligation to refer a case to the CJEU, namely if such a case has already been decided; so-called acte éclairé (BAG, 2019, para 37). What is more, courts do not have to reverse their judgment in the event that the CJEU issues a binding invalidity decision. A second reason why the right to suspend is warranted can be found in the primary function of an Art. 267 referral (CJEU – C-135/16, para 24). The objective of preliminary rulings is to prevent different outcomes and thereby harmonise EU law in all member states (BAG, 2019, para 37). This goal would be jeopardised if a court did not have the option to stay a proceeding in an identical or substantively similar case.

This is further in line with the principle of sincere cooperation between the EU and its Member States (Art. 4 (3) Treaty of the European Union (TEU)). Art. 4 (3) TEU obliges all institutions to act in good faith and loyal to the EU's objectives. Besides the harmonisation of EU law, referrals to the CJEU as the highest judicial body serves the dialogue between courts (CJEU, Opinion 2/13, para 176). In addition, the protection of individuals rights, in particular the right to an effective remedy (Art. 47 (1) EU Charter) and the right to a fair trial (Art. 47 (2) EU Charter) must be considered. The right to a fair trial includes the obligation to refer a case by the court of last instance. While acknowledging the independence of the courts, the European Court of Human Rights found an omission to refer upon request by the applicant without giving reasons to violate the right to a fair trial (Art. 6 (1) ECHR; ECtHR, Case of Georgiou v. Greece, paras 24-26). Concurrently, a suspension must abide by the right to due process (Art. 47 (2) EU Charter) since staying the procedure may prolong its duration (CJEU – C-73/16, Judgment 27 September 2017, para 74).

While a court may stay a proceeding, there is no obligation to do so. Courts that are dealing with similar cases must thoroughly balance the interests at stake and can exercise the right to suspend under specific circumstances.

What about legislative activity?

The suspension of legislative procedures should follow the same logic. The principle of sincere cooperation binds all public institutions, including federal authorities and the legislator. While it cannot be stated that the legislator is strictly bound by the same standards as courts, it should thoroughly balance the interests at stake to adhere to the fundamental principles of good law-making. The present case shows several areas of uncertainty which should have led to the suspension of the adoption of Section 96 until clarity about the validity of the EU law is reached.

If the validity of an identical or substantively similar law is referred to the CJEU, staying legislative activities seems warranted. The German provision is almost identical to the Italian Art. 12 TUI. A German court, hearing a hypothetical Section 96 case, would have the right to suspend its procedure because of the referral. The legislator thus shifts the burden to the judiciary and may cause an increase of uncertain cases which Art. 267 specifically aims to eliminate. The adoption of Section 96 thus disregards the function of the preliminary reference procedure.

In addition to the general question of validity, the legislator should balance the individual rights at stake. In the referred case, the CJEU refused to consider an expedited procedure in October 2023 because the Congolese woman was not in custody and her fundamental right to liberty thus not violated. The CJEU deemed the fact that others could be subject to custodial measures irrelevant for the specific case because the court is limited to decide on the fact of the referred case of one individual. By contrast, the legislator, is obliged to balance such interests because its laws apply directly to everyone.

The fact that the amended law may result in custodial measures gives serious reason for concern. Art. 6 EU Charter provides the right to liberty and security which applied criminal norms necessarily violate. Imprisonment is one of the harshest measures a state can impose on an individual, hence it must comply with the highest legal standards. A thorough balancing of interests between the right to security and the right to liberty, between the aim to control migration and combat transnational, commercial crime and the fundamental rights of migrants and humanitarian helpers would have been urgently required. To create legal certainty about the validity of the norm and protect the rights of individuals, the legislator could and should have stayed the adoption until a decision by the CJEU is reached. Unlike the Italian law which has been in force for over 20 years, the German law was adopted at a moment of highest uncertainty.

Ignoring consequences. Again.

What is more, despite the opinion of several experts, the legislator ignored the de facto consequences of the law. Yet, evaluating these consequences is a fundamental obligation in the legislative process. In November 2023, the current German government reversed a controversial amendment related to child pornography because the provision failed to achieve its criminal purpose and extended its scope disproportionately. The *de facto* consequences of the law were ignored by the previous government, with the result that the Federal Ministry of Justice decided to repeal the law following considerable criticism by experts and the judiciary. It would have been necessary to take the consequences of the amended Section 96 likewise seriously before adopting it.

The provision's uncertain scope also stands in tension with the principle of legality. Due to its criminal character, Section 96 must comply with the highest standard of legality (Art. 49 EU Charter). Repeatedly criticised for its complexity, the interpretation and scope of Section 96 are unclear. Its consequences are not foreseeable for the individual. The legislator has clarified that criminalisation of search and rescue is not intended, yet legal opinions and the cases in the Mediterranean challenge this. While the Federal Council (*Bundesrat*) endorsed the adoption of Section 96, it also raised concern whether parents with at least two minor children would be criminalised and pointed to the uncertainty in the draft bill. It is almost ironic that the referral concerns exactly such a case and staying the law's adoption until the CJEU had issued its ruling would have provided the necessary clarification. As the law currently stands, it is unclear whether it applies to a family with two or more minor children.

Not a credible nor an informed decision

Even if there is no obligation to suspend legislative activity in the face of pending preliminary ruling proceedings, in the present case the German legislature would have done well to suspend its planned amendment to Section 96. Fundamental principles of legality and law-making and the very real threat to individual rights the section poses militated against its hasty adoption. Instead, the German legislator has failed to give due attention to the meaning and purpose of preliminary ruling procedures before the CJEU and thus risks undermining the principles of the cooperative system in the EU, which it is obliged to observe in good faith. The hasty adoption of Section 96, by removing the "benefit element", creates legal uncertainty and gives rise to concerns about the genuine protection of human rights.

Paul Friedl, Gustavo Gil Gasiola

Examining the EU's Artificial Intelligence Act

doi: 10.59704/789d6ad759d0a40b

Introduction

After more than two years of drafting, negotiating and renegotiating the Artificial Intelligence Act (AI Act), EU lawmakers have finally reached a consensus. With its vote on the Act on February 2nd 2024, the Committee of Permanent Representatives has at last produced a final compromise text, dispelling fears that opposition from the German, French and Italian governments could still thwart the legislative process. Whereas the Act is still awaiting approval by the European Parliament, currently envisaged for early April, barring unpredictable developments, remaining amendments will be of purely editorial nature (e.g. renumbering provisions and paragraphs in consecutive order). The academic community is thus finally in a position to provide a (slightly) more definitive evaluation of the Act's potential to protect individuals and societies from AI systems' harms. This blog post attempts to contribute to this discussion by illustrating and commenting on the final compromises regarding some of the most controversial and talked-about aspects of the AI Act, namely its rules on high-risk systems, its stance on General Purpose AI, and finally its system of governance and enforcement.

Researchers and civil societies initiatives have already submitted many perceptive analyses during earlier stages of the legislative process. Amongst other things, they have warned of a number of potential loopholes in the Act's overall design and called out certain modifications as unacceptable concessions to lobbying influence. Unfortunately, as the following paragraphs will demonstrate, several consequential decisions taken on the very home stretch of the legislative process have further squandered some of the Act's protective potential.

Duties for high-risk systems

Ever since its first proposal, the AI Act has adopted what is called a risk-based approach: AI systems are categorized into different classes and subject to different rules according to the level of risk they are presumed to pose for individuals and society at large. Systems deemed to pose an "unacceptable risk", such as so-called "social scoring" systems or certain types of biometric surveillance, are prohibited fully (Art. 5). Providers and deployers of "low-risk" systems, on the other hand, will only have to ensure a "sufficient level of AI literacy" on the part of those operating the system and guarantee that natural persons know when they are interacting with an AI system (Arts 4b, 52). "High-risk" systems, wedged in between these two extremes, constitute the category to which most of the AI Act's duties apply and which have therefore also garnered most of the attention over the last three years. Amongst others, providers of "high-risk" systems will need to iteratively "identify", "evaluate" and "address" their system's "reasonably foreseeable risks [...] to health, safety or fundamental rights" (Art. 9), establish "appropriate data governance" practices (Art. 10) and keep logs of their system's activities (Art. 12) . The AI Act's final version now provides clarity on a number of hotly debated issues concerning the regulation of high-risk systems:

Somewhat disappointingly, the final version has adopted certain exceptions to its classification system that could allow dangerous systems to elude regulation. Prior versions of the regulation stipulated that systems will be classified as "high-risk" if they are intended to be used (for certain purposes) in one of eight high-risk areas (e.g. in the area of employment, where systems are classified as high-risk i.a. if they are used for "recruitment or selection" or "to monitor and evaluate performance"; Annex III). The Act's final version, however, now also includes a "filter provision", according to which systems will not be considered high-risk, despite falling into one of the listed high-risk areas, "if they do not pose a significant risk of harm, to the health, safety or fundamental rights of natural persons" (Art. 6(2a)). This "shall be the case" if the system is intended to (merely) "perform a narrow procedural task", "improve the result of a previous-

ly completed human activity", "detect decision-making patterns [without] replac[ing] or influenc[ing] the previously completed human assessment" or "perform a preparatory task". Providers of such systems will only need to document their "reduced risk" assessment, transmit this documentation to the competent authority upon request (Art. 6(2b)) and register their system in a publicly available database (Art. 51, 60). Where the competent authority has "sufficient reasons" to believe that a provider has misclassified its system as "reduced risk", it shall investigate the system and require the provider to comply with "high-risk" duties, if it finds that the system is indeed not exempt from a high-risk classification (Art. 65a).

This final version of the "filter provision" is a considerable improvement to previous proposals, which foresaw no duty on "reduced risk" providers to register their system and would have therefore allowed them to self-classify as "reduced risk" with little to no opportunities for authorities to detect such evasion practices. Nonetheless, even the alleviated final "filter provision" provides grounds for concern: Firstly, companies will fight hard to dilate what it means for a system to e.g. "perform a preparatory task". Furthermore, in the light of automation bias, even "preparatory" or "procedural" automation might have great influence on decision-making and material outcomes. Finally, there is reason to worry that enforcement authorities will lack resources to investigate self-proclaimed "reduced risk" systems, which might not be of high priority. Considering these aspects, the EU would have done well to adopt at least a more restrictive exemption clause, e.g. by only allowing high-risk providers to apply for a waiver without giving them the opportunity to self-exempt.

Slightly better news is provided by the institutions' decision to include obligatory fundamental rights impact assessments (FRIAs) within the group of duties incumbent on deployers of high-risk systems, i.e. those using AI systems (Art. 29a). Early versions of the AI Act left deployers almost fully unregulated, ignoring that the way in which a system is deployed will often have a crucial impact on whether its risks materialize or not. Parliament's version then introduced the idea of FRIAs, obliging deployers to assess and mitigate a system's foreseeable impacts on the fundamental rights of those affected by its use – particularly marginalized and vulnerable groups. Unfortunately, however, the trilogue discussions have substantially narrowed the scope and substance of FRIA duties: Firstly, FRIAs will only need to be conducted by deployers who are either "governed by public law", "private operators providing public services" or using an AI system for credit scoring or insurance-related risk assessment, letting the overwhelming majority of private actors off the hook. Secondly, mitigatory measures only need to be taken "in case of the materialization of [...] risks", rather than as a general prophylactic measure. Lastly, the Act's definitive version has also undone a promising proposal by Parliament that deployers shall "involve [in their FRIA] representatives of the persons or groups of persons that are likely to be affected by the high-risk AI system, [...] including but not limited to: equality bodies, consumer protection agencies, social partners and data protection".

Next to the (albeit much too limited) inclusion of FRIAs, one may also welcome the introduction of a right for individuals to lodge complaints with competent authorities concerning possible infringements of the AI Act – even if the final version has somewhat blunted this right by deleting a corresponding duty on these authorities to respond to complaints. Ultimately, the criticism that has accompanied the legislative procedure ever since the regulation's first draft thus by and large also applies to the AI Act's final version: Whereas the duties on high risk system providers are numerous and extensive (if vague), considering that implementation relies centrally on providers' self-assessment and self-enforcement (see below), it is unclear whether they will develop much practical force. Promising mechanisms that could have increased enforcement without requiring additional government resources, such as obligatory pre-market auditing by independent third parties, mandatory access for vetted researchers or more comprehensive individual remedies, unfortunately have not made the cut.

General Purpose AI systems

The regulation of so-called General Purpose AI systems (GPAIs), often also called foundation models, presented another controversial aspect of the AI Act. Virtually unknown at the time of the Commission's original proposal, and thus also fully absent from it, GPAIs have since established themselves as a transformative new technological paradigm. Today, thousands of companies are building products on top of so-called Large Language Models, such as OpenAI's GPT, or are developing so-called generative AI, such as image or sound generation tools,

which are already endangering the livelihoods of creative workers. Still other GPAIs are used to build applications that help with coding, medical imaging or different types of economic decision-making.

As is indicated by their name, GPAIs exhibit general capabilities (e.g. text analysis or image generation) that can be leveraged for many different tasks, rather than having one specific purpose or functionality. GPAIs therefore did not fit the regulation's original classificatory approach which, as mentioned above, categorizes systems as high-risk or non high-risk according to their practical purpose. Still, the need for some regulation of GPAIs, has become evident: GPAIs exhibit many of the risks that also afflict "traditional" AI systems, such as discriminatory treatment, unpredictable outcomes, subpar performance, privacy breaches, and opacity. Left unregulated, these risks could freely propagate downstream, where adopters would often lack the necessary informational, financial, and/or technological resources to mitigate them adequately.

Despite agonistic last-minute efforts by the German, Italian and French governments to prevent any regulation of foundation models, sympathizing with industry objections that warned that regulation of GPAIs would unnecessarily stifle innovation and market diversity, the AI Act's final version fortunately does extend to GPAI providers (Art. 52a-52e). Different from the Council and Parliament versions, which laid down uniform rules for all GPAIs/foundation models, however, the Act's final version now distinguishes between two different types of GPAIs systems: "conventional" GPAIs and "general purpose AI models with systemic risk". Providers of the former will only need to comply with an extremely limited set of "minimum rules" (Art. 52c): 1) Draw up technical documentation to be transmitted to the AI Office upon request (detailing i.a. the tasks the model is supposed to perform, applicable acceptable use policies, key design choices and information on the training data); 2) Draw up documentation for downstream actors intending to integrate the model (including "instructions of use" and "information on the data used for training [...] where applicable"); 3) Put in place a policy to respect Union copyright law; and 4) Draw up and make publicly available a "sufficiently detailed summary about the content used for training of the general-purpose AI model", according to a template to be provided by the AI Office. Crucially, "normal" GPAI providers therefore bear no duty at all to indeed mitigate the risks created by their products, whether those concern discrimination, unreliable outputs, privacy or anything else. From both a risk-oriented and an economic perspective, a more extensive set of mandatory minimum rules for all GPAI providers would have been much preferable.

This reluctance to substantially regulate "normal" GPAIs makes the obligations reserved for "systemic risk" GPAIs all the more important. "Systemic risk" GPAIs, in addition to these transparency obligations, need to "perform model evaluation" (although it remains somewhat unclear in what regard), report to the AI Office "serious incidents and possible corrective measures to address them", "ensure an adequate level of cybersecurity protection" and "assess and mitigate [...] systemic risk at Union level", i.e. risks that can have "significant impact on the internal market", because they have at least "reasonably foreseeable negative effects on public health, safety, public security, fundamental rights, or the society as a whole" (Art. 52d). Regarding classification, Article 52a establishes that a model should only be considered "systemic risk" where it either a) has "high impact capabilities", i.e. "capabilities that match or exceed the capabilities recorded in the most advanced general purpose AI models", or where b) the Commission has taken a decision to classify a specific system as "systemic risk". Giving the distinction an inadequate techno-centric twist, paragraph 2 then establishes that a system shall be presumed to have "high impact capabilities", if the amount of compute used for its training was greater than 10^25 FLOPs. For comparison, Open AI's GPT-4, considered by some the most powerful foundation model currently available, is presumed to have required around 10^25 FLOPs. By today's (!) numbers, presumably less than a handful of models would thus be classified as "high impact capabilities", while there are of course many very capable models available on the market. These criteria thus, not only seem to focus on an ultimately secondary dimension, i.e. technical specifications (rather than social impact), but furthermore seem extremely laissez-faire. Although the Commission "shall amend" these classificatory thresholds "in light of evolving technological developments, such as algorithmic improvements or increased hardware efficiency", the provision thus leaves the impression that substantial rules will be limited to an extremely limited number of mega-actors. FLOPs, one might say, equal the VLOPs.

Finally, it is debatable whether the AI Act has found the best compromise regarding the regulation of Open Source GPAIs. Open Source GPAIs exhibit a number of significant benefits: they catalyze the distribution of technology and know-how necessary for smaller players to be able to challenge reigning incumbents and thus stimulate innovation. They also provide a level of transparency largely unknown from commercial models (e.g. regarding training data, model weights or compilation code), which is crucial for researchers to explore the risks of foundation models and also allows for greater levels of safety, as users can inspect a system's behavior much more thoroughly. The AI Act now stipulates that, except for the duties to respect copyright law and to provide a summary of the utilized training data, non-"systemic risk" models "that are made accessible to the public under a free and open licence that allows for the access, usage, modification, and distribution of the model, and whose parameters, including the weights, the information on the model architecture, and the information on model usage, are made publicly available," are exempt from compliance with the Act's GPAI regime (Art. 52c(-2)). The EU thus takes the position that the risks of GPAIs are sufficiently offset by the higher transparency provided by Open Source models. In light of the current trend of "open washing", where big companies label their models "Open Source", mostly to exploit and ultimately re-privatize the labor of unpaid developer communities, knowing that due to their immense resource-intensity alone the released models can hardly be used or reproduced by anyone else, this decision seems problematic. It also does not sufficiently account for legitimate concerns that the uncontrolled release and distribution of GPAIs, distinctive of Open Source projects, could allow powerful models to get into the hands of "bad actors" (e.g. disinformation actors) and that this should be prevented by retaining avenues for prohibiting the open-sourcing of certain models. Again, the compromise seems to tilt quite heavily in favor of industry interests and ultimately lacks an adequate balancing of competing concerns.

System of governance

Whether the AI Act will prove effective is a question that extends beyond its substantive duties; the governance system established by the regulation will ultimately be at least equally pivotal. It is therefore crucial to have a basic understanding of the different institutions cooperating for the Act's application and implementation. Next to the Commission, which is entrusted with a great many of tasks, mostly to be executed through delegated acts (see below), there are essentially five other important institutions mandated with implementing and enforcing the Act: 1) The AI Office: Envisaged by the Parliament as a strong, independent body, the final version reduces the AI Office to an agency attached to the Commission, raising concerns whether the it will dispose of sufficient financial resources (Art. 55b). Next to the important task of overseeing compliance by GPAIs, the AI Office will i.a. also facilitate the drawing up of Codes of Practice (Art. 52e; see below); 2) The European Artificial Intelligence Board ("Board"): Composed of one representative designated by each Member State (Art. 56), the Board shall advise and assist the Commission and the Member States in order to facilitate the consistent and effective application of the Act. This includes duties such as the issuing of "recommendations [...] on any relevant matters related to the implementation of this Regulation" or contributing to the "harmonisation of administrative practices in the Member States" (Art. 58); 3) The Advisory Forum: Intended as another advisory body for both the Commission and the Board, the Advisory Forum "shall represent a balanced selection of stakeholders, including industry, start-ups, SMEs, civil society and academia", to be appointed by the Commission (Art. 58a). Consultation of the Forum is obligatory only for the drafting of standardization requests and common specifications (see below); 4) The Scientific Panel of Independent Experts: As another advisory body, the AI Act's final version furthermore establishes the so-called Scientific Panel, to be composed of independent, Commission-appointed technical experts (Art. 58b). Next to assisting the enforcement activities of other bodies, the Scientific Panel also plays a key role in the enforcement of rules for GPAIs, as it may launch qualified alerts to the AI Office where it suspects that a GPAI poses "systemic risk". 5) National supervisory authorities: Finally, at the Member State level, the AI Act above all requires the designation of at least one so-called market surveillance authority (Art. 59). The AI Act generally does not oblige high-risk system providers to undergo authorized third-party assessment or obtain some form of official certification (the only exception from this being systems using biometric technology, Art. 43(1)). Rather, conformity with the Act's duties will generally only be assessed by providers themselves (so-called

"conformity assessment procedure based on internal control", Art. 43(2)). The main responsibility to supervise the Act's implementation therefore lies with national market surveillance authorities, whom Member States need to endow with all authorities necessary for "market surveillance, investigation and enforcement" of the AI Act (Art. 3(26)). This will include amongst other things the power to start *ex officio* investigations, the power to demand operators to provide all necessary information for evaluation a system's conformity and the power to demand operators to take all necessary corrective actions to end non-compliance (Art. 63, Regulation 2019/1020).

These governance bodies of the AI Act are not only tasked with overseeing and enforcing compliance, but will also play a crucial role in specifying, amending, and/or derogating certain provisions. Indeed, almost no provision of the Act does without any such authorization allowing for the law's modification, whether those be mandatory or optional. Many of these supplementary decisions will need to be taken by the Commission. For instance, within 18 months the Commission will need to "provide guidelines specifying the practical implementation" of the above-mentioned provision allowing for an exceptional classification as "reduced risk" (Art. 6(2c)). "When necessary", it shall adopt delegated acts amending the above-mentioned thresholds determining if a GPAI presents "systemic risk" (Art. 52a(3)). Some delegations, however, fall upon other bodies, such as the AI Office or the Scientific Panel. So-called harmonised standards, codes of practice and common specifications, however, will arguably play the most crucial role in concretizing the Act, as providers which are in conformity with any of these types of delegated "legislation" will benefit from a presumption of conformity regarding the Act's respective requirements themselves (Arts 40-41, 52e). Standards will be developed by European standardisation organisations (ESOs), which constitute a rather troubling choice: ESOs are technical institutions and thus rather unqualified to decide upon the many value-laden questions that arise under the AI Act's obligations. What is more, existing standardization processes are highly opaque and by and large controlled by industry representatives. Codes of practice, which are to concretize the duties of GPAI providers, will be drawn up by the AI Office. The provision governing the development of codes of practice, however, stipulates that the AI Office shall invite GPAI providers to participate in the development process, while limiting other "relevant stakeholders" to "supporting the process", thus again indicating a prioritization of industry interests. Finally, where one of the Commission's standardization requests has not been fulfilled or where a Code of Practice has not been finalized by the time the Regulation becomes applicable, the Commission can also opt to specify the Act's duties itself by adopting common specifications in the form of implementing acts. The decision to rely on delegated rule-making to specify the Act's many underdetermined obligations is not blameworthy per se. It introduces much-needed normative flexibility to a regulatory field that is still quickly developing. At the same time, however, the AI Act does too little to ensure that these supplementary legislative processes include broad, representative groups of diverse stakeholders and risks privileging regulated parties.

Conclusion

Whether the AI Act will deliver on its promise of protecting individuals and societies from harm while simultaneously boosting European digital economies – the by now well-known, slightly schizophrenic dyad of EU regulatory objectives – is of course still unclear. Much will depend on the concrete shape of the many implementing acts and the secondary legislation yet to be passed. However, as the preceding paragraphs were hopefully able to show, many of the decisions taken in the very final phase of the legislative process have rather weakened its prospects. While it still does not seem impossible to render the AI Act into an effective tool, safeguarding citizens vis-a-vis risky AI applications, this will require persistent efforts by well-resourced administrative bodies making many right decisions. In light of these considerations, one may hope that the AI Act will function as a springboard, rather than a ceiling for the global regulatory efforts currently still ramping up.

Alexander Peukert

Risky Recommendations

The European Commission Recommends Big Tech Measures to Mitigate "Systemic Risks" for Electoral Processes

doi: 10.59704/6480fd3502f5750f

2024 will see numerous elections, including the European Parliament Elections in June. As part of its overall aim to establish a safe, predictable and trusted online environment, the Digital Services Act (DSA) obliges providers of very large online platforms (VLOPs) and very large online search engines (VLOSEs) to assess and mitigate systemic risks for "electoral processes" (Art. 34(1)(c) DSA). According to Art. 35(3) DSA, the Commission may issue guidelines on how to address specific risks. On this basis, the Commission published Draft Guidelines on the mitigation of systemic risks for electoral processes and sought feedback from all relevant stakeholders. The Commission "strongly encourages" providers of VLOPs and VLOSEs to "swiftly follow" the Guidelines (para 53). This encouragement is backed by the strong enforcement powers that the Commission has already started to execute, in particular against X. VLOP and VLOSE providers who want to avoid the direct and indirect (reputational) costs of DSA proceedings are therefore well-advised to adopt the main mitigation measures proposed by the Commission. These include internal steps to identify and address election-related risks before, during and after an electoral event, cooperation with authorities and private DSA actors such as fact checkers and specific mitigations concerning generative AI content.

While the protection of election integrity is a laudable aim, the Guidelines as proposed would not rebuild but further erode citizen trust in the digital environment and democratic processes. The recommendations are too vague, too broad and too lenient as regards the suggested cooperation between Big Tech, civil society and public authorities.

Lack of definitions

A document that is meant to provide legal guidance has to define its terminology. The Draft already falls short here. It does not define any of its core concepts, be it electoral processes, systemic risks, foreign information manipulation and interference (FIMI) or disinformation. Proponents of an effective regulatory framework might consider this lacuna rather a feature than a bug. The problematic consequence from a legal point of view is, however, that some of the proposed measures are then insufficiently tailored to the specific risk for electoral processes, as required by Art. 35(1) DSA. For example, recommendations to promote the availability of "trustworthy information from pluralistic sources" also outside of "election times" (para 24) and to develop and apply "inoculation measures that pre-emptively build psychological resistance to possible and expected disinformation narratives" (para 16(b)(ii)) go beyond the protection of the integrity of a particular election and should be deleted. Moreover, the Guidelines should spell out whether and in how far they apply to information that is not illegal in the sense of Art. 3(h) DSA. If that is the case, the Commission enters unchartered legal territory (cf. Peukert 2023).

Proportionality?

The Draft Guidelines also fail to concretise the proportionality of mitigation measures (cf. Art. 35(1) DSA), for example in the form of a tiered response program. The basic, permanent level of mitigation measures should be limited to the identification of systemic risks for electoral processes and the availability of transparency measures such as labels. Content moderation measures should only be applied once a FIMI/disinformation campaign with the potential to negatively affect a concrete electoral process as a whole has been identified. These content moderation measures should again be escalating in the sense that the intensity of the interference has to correspond to the spread and thus risk of a FIMI/disinformation campaign. Purely informational interventions such as prompts or notes should take precedence over more intrusive measures such as circuit breakers and demonetization. Removing content should always be a last resort.

Cooperation with private DSA actors

A key feature of the Draft Guidelines is the recommendation that VLOPs and VLOSEs should cooperate with "independent civil society organisations, researchers and fact-checkers" (para 12), unspecified "external experts" (para 13), "election related initiatives and campaigns" (para 16(b)) and "other relevant stakeholders" (para 18). Despite the important role of these private DSA actors, the Guidelines do not suggest any specific measure to make the multi-stakeholder cooperation transparent to the European public. This secrecy of mitigation measures runs contrary to the overall aim of the DSA to establish a safe, predictable and trusted online environment (Art 1(1) DSA). The highly sensitive moderation of election-related content will not be trusted by European citizens if it is not known who is influencing the decisions. Therefore, private DSA actors who are involved in the management of often lawful content in the context of elections should at least be subject to the rules set out in Article 22 DSA for "trusted flaggers" notifying illegal content. Consequently, VLOPs and VLOSEs should make the names, contact details, corporate structure and funding sources of private cooperation partners publicly available in an up-to-date database (cf. Art. 22(5) DSA). Given the sensitivity of the matter, the Guidelines should also recommend that actors engaging with VLOPs/VLOSEs must be functionally independent of any public body, including the European Commission (cf. Art. 30(1) Audiovisual Media Services Directive). Such independence not only implies that VLOP/VLOSE cooperation partners are legally distinct from any government, but also that they do not rely on public funding to any significant extent. As a rule, private DSA actors should not receive more than one third of their annual funding from public sources.

Another requirement that "trusted flaggers" of illegal content have to meet is that they are established in a Member State (cf. Art. 22(2) DSA). The Draft Guidelines do not incorporate this requirement. On the contrary, many of the organisations referred to in the Draft Guidelines are based in third countries, mainly in the U.S. This concerns, for example, Accountable Tech, the Integrity Institute and the most important source raters (cf. para 16(c)(v) and Peukert 2023). Such a strong role of U.S. based actors is incompatible with the aim to minimise the risk of interference in European elections from third countries as set out in Recommendation 2023/2829 on inclusive and resilient electoral processes in the Union. Giving a key role in moderating the European digital public sphere to third country actors, e.g. source raters such as NewsGuard, also contradicts the aim of the DSA to ensure that the online environment in the EU is fully compliant with EU and Member State laws (cf. recitals 1 and 3 and Art. 2(1) DSA). It is indeed strange that the DSA imposes far-reaching obligations on U.S.-based VLOPs and VLOSEs to protect the EU's legal order and digital sovereignty, while at the same time a Guideline under this act gives a free pass to U.S. (and Chinese) Big Tech companies to cooperate with U.S. actors, who are often closely linked to U.S. government agencies (cf. Peukert 2023), in the development and implementation of risk mitigation measures of utmost importance to European democracies.

Cooperation with National Authorities

On top of this, the Draft Guidelines also recommend that VLOP and VLOSE providers cooperate with "responsible national authorities". Ironically, one relevant paragraph reads like a summary of the facts currently pending before the U.S. Supreme Court in the case Murthy v. Missouri:

> "*Especially during an election campaign, the Commission recommends that providers of VLOPs and VLOSEs establish efficient and timely communication with the authorities with swift, efficient and appropriate follow-up mechanisms to issues flagged. … For the sake of efficacy, the Commission recommends that the communication be streamlined via pre-established points of contact (and/or a limited number of points of contact) on both sides. In order to improve the effectiveness of the mitigation measures taken, providers of VLOPs and VLOSEs should maintain records of their interactions with authorities, including any requests made and actions taken by the companies in response.*"

This suggestion should be dropped. The DSA does not provide a legal basis for orders by national authorities to take action against lawful content, even if such content poses a systemic risk to electoral processes (cf. Art. 9 DSA). The suppression of lawful content upon informal "requests" of a public authority can and should be attributed to that authority (cf. CJEU Judgment of 26 April 2022, Poland/Parliament and Council, paras 39-58). As

this interference with freedom of expression is not prescribed by law, it would be unconstitutional. Furthermore, the recommendation to communicate informally with national authorities conflicts with the exclusive powers of the Commission to supervise and enforce the risk management obligation pursuant to Art. 35 DSA (Art. 56(2) DSA).

The DSA does not regulate the creation of generative AI content

The Draft Guidelines also make recommendations concerning risks related to the creation of false or misleading generative AI content (AI hallucinations, deep fakes). This proposal lacks a legal basis too. Chapter III Section 5 DSA only applies to online platforms and search engines as defined in Art. 3(h) and (j) DSA. An online platform may store and disseminate AI generated content at the request of a recipient of the service, but it is not the functionality of an online platform to generate such content in the first place. For example, the "My AI" chatbot available on Snapchat is not a hosting service covered by the DSA. The same is true when a search engine returns AI generated content as a result of a search query, because that content was already available on an indexed website. A so-called "conversational search engine", which uses natural language predictive text to answer queries, does not qualify as a search engine within the meaning of Art. 3(j) DSA either, because it does not "return … results in any format in which information related to the requested content can be found". Finding existing data is not the same as creating new data. Art. 3(j) DSA targets conventional search engines like Google Search and Bing, but not so-called chatbot services like the Microsoft Copilot or Google Gemini – a type of service that triggered regulatory responses only after the adoption of the DSA. The appropriate legal basis for addressing the risks associated with the creation of generative AI content is the forthcoming AI Act. By addressing the creation of generative AI content, the Draft Guidelines confuse the scope of application of the DSA with that of the AI Act, thereby creating legal uncertainty. As a result, the Guidelines should clarify that they only regulate risks related to the dissemination, but not the creation, of generative AI content.

Cooperation with the Digital Service Coordinators

The Draft Guidelines do not mention the fact that Art. 35(3) empowers the Commission to issue guidelines "in cooperation with the Digital Service Coordinators" (DSCs). In my view, Art. 35(3) DSA presupposes that the Commission first consults all DSCs of all Member States and incorporates their viewpoints in the final Guidelines. This follows from the wording of Art. 35(3) 1st sentence DSA when compared to other provisions on Commission guidelines (Arts. 22(8), 25(3), 28(4), 39(3) DSA). In contrast to Arts. 22(8), 28(4) and 39(3) DSA, the Commission need not consult the European Board for Digital Services, which can perform its tasks also if one or more Member States have not designated a DSC (Art. 62(1) DSA), and which adopts its acts by simple majority of votes (Art. 62(3) DSA). Instead, Art. 35(3) DSA requires that the Commission has to cooperate with "the Digital Service Coordinators", that is the plurality of all DSCs representing all Member States. Such a strict interpretation of Art. 35(3) DSA reflects the exceptional importance of the subject matter of Art. 35 Guidelines. The mitigation of systemic risks for electoral processes touches on the very fabric of the European digital public sphere and the national and EU democratic systems. A "whole-of-society" approach to mitigating systemic risks to election integrity in the EU implies that all Member States, represented by their DSCs, actively contribute to and support measures that regulate electoral processes taking place on their territory.

The full version of Peukert's contribution to the public consultation on Guidelines for the Mitigation of Systemic Risks for Electoral Processes is available here.

Erik Tuchtfeld

No Backdoor for Mass Surveillance

The European Court of Human Rights Protects the Right to Encrypted Communication

doi: 10.59704/8939c7915eda51dc

Bulk data retention is the evergreen of European security policy. On February 13, the European Court of Human Rights (ECtHR) – once again – ruled in Podchasov on Russia's collection of and access to citizens' private communication. In the midst of the ongoing debate about the alleged dangers of encrypted communications, leaving law enforcement authorities "in the dark", the Court made it clear that weakening the encryption of all citizens cannot be justified. This sends an important message not only to the Russian state, but also to other European governments that contemplate installing "backdoors" on encrypted messenger services like Telegram, Signal or WhatsApp.

Although the Court passed up the opportunity to make a general ruling on the legality of blanket data retention of communications content, it did emphasize its procedural approach and found that the lack of legal safeguards for access to communications data violated the right to privacy.

The procedural difficulties of a divorce

Some may wonder why the Court still has jurisdiction in cases concerning Russia. Russia was expelled from the Council of Europe on March 16, 2022, following its illegal invasion of Ukraine, and, six months later, ceased to be a Party to the European Convention on Human Rights. However, as the Convention bound the Russian state until September 16, 2022, all cases relating to actions of the state up to this date remain admissible to the Court. This includes the 17,450 applications against Russia that were pending on September 16, but could even lead to new applications as long as they concern actions before September 16, 2022 (see para. 35). The present case, for example, was filed on June 18, 2019.

The matters at stake

Russian legislation requires "Internet communication organizers" (ICO) to store all communication data (metadata, such as timestamps and the sender and recipient of a message) generated by Russian internet users for one year and the contents of all communications for six months. If communications are encrypted, ICOs must provide all information necessary to decrypt them (paras. 19-20). In addition, ICOs must provide the Federal Security Service (FSB) with 24-hour remote access to the content and metadata of the communications they process (para. 26).

The applicant is a user of the messenger Telegram. While Telegram's chats are generally not end-to-end encrypted, its so-called "secret chats" are. In 2017, the FSB asked Telegram to provide information to decrypt the communications of six Telegram users that had taken place in "secret chats". Telegram argued that it was technically impossible to provide information to decrypt the messages without installing a general backdoor that would allow the decryption of all its users' communications. It was later fined by the Meshchanskiy District Court (paras. 7-8). The Taganskiy District Court of Moscow even ordered the blocking of Telegram in Russia due to this "noncompliance", resulting in bizarre collateral damages as more than 19 million IP addresses were blocked, and many unrelated services became unreachable. Telegram was blocked for over two years. Having been unsuccessful in challenging the orders in Russia, it lodged a currently pending application before the ECtHR (a case that is likely to rely heavily on Podchasov).

The Court's failure to judge on bulk data retention

In the present case the Court had to assess three different, albeit related, interferences with the applicant's rights: First, the general bulk retention of personal communication data. Second, the FSB's possibilities to access it with little to no judicial restraint. Third, the more specific problem of access to end-to-end encrypted communications, including the requirement to release decryption keys.

The Court, however, decided that the legality of bulk data retention did not need to be assessed on its own. To recap, the Russian legislation obliges ICOs to retain all metadata for one year and all content of online commu-

nications for six months. This goes far beyond the scope of the mere retention of metadata (including IP addresses, timestamps, participants of communication etc., but not the content) provided for by former legislation in the European Union, which was struck down by the European Union's Court of Justice due to its incompatibility with fundamental rights several times (Digital Rights, 2014; Tele2 Sverige AB, 2016; Commissioner of the Garda Síochána, 2020; La Quadrature du Net, 2020; SpaceNet, 2022). This jurisprudence was explicitly acknowledged by the ECtHR (para. 31). The Court also stressed that "the mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8 [...] irrespective of whether the retained data were then accessed by the authorities" (paras. 51-52). Thus, it remains irritating and methodologically unconvincing that it decided to remain "struck by the extremely broad duty of retention provided by the contested legislation" (para. 70), leaving the legality of said interference open and only examined "with particular attention [... the] safeguards against abuse relating to the access by the law-enforcement authorities" (para. 71). While this is an approach taken by the Court in the past (see, for example, Ekimdzhiev, paras. 372, 385 et seq.), the particular severity of Russia's data retention regime was an open invitation to evaluate the data retention on its own, not only in relation to the safeguards in place (this reluctance already shown in Big Brother Watch to assess the actual substance of data retention has been described by Monika Zalnieriute as "procedural fetishism"). The approach is all the more surprising as only two days later, in Škoberne (paras. 139-146), another chamber of the Court – referring heavily to ECJ jurisprudence – classified mass (meta-)data retention as such as unlawful.

However, the second – and in my view separate – question of sufficient safeguards was quickly answered by the Court. It highlighted that the safeguards in question were "the same legal regime which was examined in Roman Zakharov [where] the Court found that Russian legal provisions governing secret surveillance measures did not meet the 'quality of law' requirement because they did not provide for adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse" (para. 74). Put simply, a broad description of the purposes for which the authorities may access communications data (ranging from the prevention of crime to economic security), permanent remote access, and the refusal to provide the ICOs with supposedly existing court orders are not sufficient to justify interferences in a democratic society. The impression the Court's judgement left on the Russian institutions back then is shown by the reaction of the Russian parliament. On the same day in December 2015, the Duma passed a new law allowing the constitutional court to overrule ECtHR judgments that contradict the Russian constitution.

End-to-end may be your friend

The third, and groundbreakingly new aspect of the case was the obligation for communication services to provide access to end-to-end-encrypted communications.

Not all digital communications services use end-to-end encryption. For example, e-mails (and Telegram chats that are not explicitly marked as "secret chats") are in most cases only transport-encrypted. This means that the content is encrypted during the transport (e.g. from the sender's device to their e-mail server, and from there to their Russian colleague's e-mail server) but it is stored on the respective servers in a decrypted state. As a result, the sender's e-mail provider and the e-mail provider of the recipient have access to the actual content of the messages and are de facto able to release them to law enforcement.

This is not the case with end-to-end encrypted communication. The two "ends" in this term are generally understood to be the respective devices of the communication participants. For example, when one uses WhatsApp or Signal (two messengers supporting end-to-end encryption in all their chats) to send a message to a colleague, the message is encrypted on their device, transmitted through a variety of countries in this encrypted state (making it total gibberish to anyone who might intercept it in between) and only decrypted on the recipient's device. Thus, not even the messenger service itself has access to the content of that message (it might only, still, have access to the metadata).

Since the messenger is unable to access the content of the message, it cannot release it to law enforcement authorities. Now, one could argue, this must be the end of the story. Already the old Romans knew that "impossibilium nulla est obligatio" ("the impossible can't be an obligation"). No access to the content means no possibility of releasing it means no obligation.

Targeted measures must not affect everybody

Unfortunately, the law enforcement authorities in Russia (and beyond) are not satisfied with this result. They asked Telegram for the keys to decrypt the suspects' communication. Telegram was unable to provide them as the keys are not in the hands (more precisely: stored on the servers) of Telegram, but on the devices of the suspects. Telegram could only give third parties access to the keys by updating its application for all users, adding a "backdoor" that would extract the private key from the device and send it to law enforcement authorities.

Such a measure, as the Court rightly points out, would "make it technically possible to perform routine, general and indiscriminate surveillance of personal electronic communications [...,] may also be exploited by criminal networks and would seriously compromise the security of all users' electronic communications" (para. 77). As it weakens the encryption for all users, it is not proportionate, and violates the applicant's right to privacy under Article 8 ECHR.

A call for Europe

The Court emphasizes the importance of end-to-end encryption not only for the enjoyment of the right to privacy, but also for freedom of expression, and as a protection against abusive actions, such as hacking, identity theft, and the disclosure of confidential information. It is a statement made not only for the ears of the Russian government, but for governments across Europe. Encrypted communication has been a thorn in the side of law enforcement authorities for decades.

In 2022, the European Commission proposed mandating messengers to scan all private communication for potentially illegal content. Messaging services using end-to-end encryption would be required to scan the content on the device before it gets encrypted ("client-side-scanning"). While the legislative process on the current proposal (the so-called "CSAM regulation") appears to have stalled for now, the EU has set up a high-level working group on the phenomenon of "going dark". The concept is used to describe the increasing use of encrypted chats by suspects, allegedly leading to law enforcement becoming "blind" and stopping them from effectively protecting the public.

One can only hope that this working group will read the judgment as a call to consider "alternative methods of investigation", as the Court puts it (para. 78), that are in line with fundamental rights. For decades, security laws enabling mass surveillance of citizens have been struck down by courts across Europe. The political focus of law enforcement on these measures has diverted resources that could have been spent on effective and long-term solutions to crime that are compliant with human rights. Instead, illegal mass surveillance has made Europe a less safe place.

Carl Baudenbacher

Bricolage, Bullshit, and Bustle

The Three Bs of the Planned EU-Swiss Framework Agreement 2.0

doi: 10.59704/85153407b539d99c

On 15 December 2023, the Swiss Federal Council (Government) announced that it intended to start formal negotiations with the EU on the conclusion of a Framework Agreement (FA) 2.0. Five existing and two new treaties between the EU and Switzerland are to be subject to dynamic alignment and institutionalised, i.e. provided with a monitoring and judicial mechanism. The project, which is practically fixed in the decisive questions by a "Common Understanding" ("CU") between the two parties, is based on a triple B approach: in substance, it consists of unsuccessful bricolage, the foundations were laid by bullshit, and because elections and a change of the Commission are imminent in the EU, bustle is supposedly of the essence. The CU summarizes what the Parties have informally agreed on.

Bricolage

Bricolage is an expression used in comparative law. Comparative law is the study of the similarities and differences between the various legal systems of individual countries and international organisations. Practising comparative lawyers are faced with the question of whether a certain solution can be transplanted from legal system A to legal system B. Such a transfer generally presupposes that the framework conditions are similar. In other words, the foreign regulation must fit. When elements from another system are inserted into a legal system, some speak of "bricolage". The term is not limited to comparative law but has general application. In fact, it goes back to the French anthropologist Claude Lévi-Strauss. According to this author, the "bricoleur" creates a new product from materials "that are currently available". With every "bricolage", the crucial question is whether the materials fit together. A distinction must be made between successful and unsuccessful "bricolage".

The public in both, Switzerland and the EU, is hardly aware that the institutional chapter of the FA 2.0 is based on "bricolage", and, as will be shown, the unsuccessful one. A provision was broken out of the EEA Agreement and made the basis of the institutional regulation of the FA 2.0. The standard, Article 111(3)(1) EEA, reads:

> "*If a dispute concerns the interpretation of provisions of this Agreement, which are identical in substance to corresponding rules of [...] [EU law], the Contracting Parties to the dispute may agree to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling on the interpretation of the relevant rules.*"

Under the European Economic Area (EEA) Agreement, which extends the EU's single market to three of the four EFTA states: Iceland, Liechtenstein, and Norway, the ECJ can only be called upon with the consent of the EFTA side. In the context of FA 2.0, however, the respective provision is quite different. The EU Commission should be able to unilaterally bring its own court into play. In addition, Article 111(3)(1) EEA has never been applied in the thirty years of the EEA's existence since EEA law has instruments available in the form of the infringement procedure and the preliminary ruling procedure, which enable conflicts to be resolved in other ways. The dispute settlement procedure between the parties to the agreement would only be a last resort in the EEA. Due to the requirement that the EFTA side agrees to the appointment of the ECJ, this even amounts to symbolic legislation.

Under FA 2.0, however, the dispute settlement procedure is to be the only type of procedure available with the EU and Switzerland being the parties. Moreover, private citizens and economic operators would be excluded from the procedure. What is more, a preliminary ruling procedure wouldn't exist with the consequence that the Swiss Federal Supreme Court would also be excluded. It is true that the Federal Supreme Court may interpret and apply the treaties subject to FA 2.0 if it has a relevant case. Contrary to what the Federal Council suggests, this is, however, by no means based on a concession by the EU, but on Swiss law. Nevertheless, if the EU Commission disagrees with an interpretation of the Federal Supreme

Court, it could bring the matter to the ECJ, which could ultimately correct the Federal Supreme Court. It should be noted that, unlike the EFTA Court for Iceland, Liechtenstein, and Norway, the ECJ is not a neutral court for Switzerland. The Federal Council makes no mention of this.

Bullshit

The previous statements have shown that the Swiss Federal Council tends to present the FA 2.0 in a distorted manner, obviously in order not to jeopardise its chances in a referendum. This is unacceptable, but it does not stop there. Since the days of Federal Councillor Didier Burkhalter and his State Secretary Yves Rossier, i.e. since 2013, bullshit has been the real foundation of Bern's European policy. There is no concern for truth and truthfulness – the end justifies the means. They let out slogans that "aim to persuade without regard to truth" (the famous definition of bullshit by the recently deceased Princeton moral philosopher Harry G. Frankfurt). There is no other area in which the federal administration has shown such an uninhibited disregard for the truth as when it comes to the shaping of the relationship between the EU and Switzerland.

From 2008, the EU demanded that the bilateral market access agreements with Switzerland should be subject to a supranational monitoring and judicial mechanism. It proposed that Switzerland "dock" onto the two institutions of the EFTA pillar in the EEA, the EFTA Surveillance Authority and the EFTA Court. This would have meant that Switzerland would have been able to maintain its sectoral approach to the single market and appoint one member each to the two organs. This sovereignty-preserving model did not suit the Bernese Foreign Ministry. It wanted to set a "point of no return" on the path to EU accession.

The first bullshit campaign began with the grotesque claim by the Swiss Foreign Ministry that the ECJ would merely issue "expert opinions" for the Joint Committees which are in charge of administering the individual treaties between Switzerland and the EU. While every effort was made to make the ECJ look less frightening, the Foreign Ministry spread myths about the EFTA Court that would have prompted any student failing the exam. The worst of these fake claims was that judgments of the EFTA Court would only have effect in the EFTA pillar of the EEA. If the EFTA Surveillance Authority brought an action against Switzerland and Switzerland won before the EFTA Court, the judgment would not be binding on the EU. This was dead wrong, but the Berne Foreign Ministry successfully used this "argument".

Duo Burkhalter/Rossier originally desired the model with the EU Commission as the de facto supervisor of Switzerland and the ECJ as the sole interpreter. However, when the said model proved to be unsaleable in terms of domestic policy, the EU put a new plan with the interposed bogus arbitration panel on the table. According to this mechanism, the EU Commission would be able to unilaterally take Switzerland to an arbitration tribunal, which would be obliged to ask the ECJ for a binding interpretation of EU law or treaty law identical in substance to EU law.

Switzerland accepted this politically, and a second bullshit campaign was launched under the new FDFA duo Federal Councillor Ignazio Cassis and State Secretary Roberto Balzaretti. First, the two said, untruthfully, that they had "wrested" this from the EU and then they began to ascribe competences to the "arbitration panel" that it could never actually have.

On the one hand, the FDFA claimed that the arbitration tribunal would have discretion when deciding whether to send a case to the ECJ. On the other hand, such discretion would also exist in the implementation of the ECJ's ruling. As far as the ECJ itself is concerned, the actors of the Berne Government argued that somebody had to be the ultimate arbitrator and this could only be the ECJ. The ECJ was not bound to follow the EU Commission, but the law. Today, there are official statements from Bern praising the FA 2.0 as a customised solution for Switzerland, although this is also a case of failed "bricolage".

Bustle

At the WEF in Davos, Swiss President Viola Amherd in January 2024 announced that the FA 2.0 "negotiations" with the EU would be concluded this year in view of the European elections in June and the end of the von der Leyen Commission's term of office in autumn 2024. Since 2014, Switzerland has made the mistake of never giving the EU the impression that it could manage without a FA. Moreover, it has always committed to a mechanism with the EU institutions before the start of negotiations, which is also a gross mistake. Objectively speaking, however, there is no reason to hurry. The van der Leyen Commission's track record is far from stellar – I only mention the hasty

Green Deal and the developments towards more centralism and a planned economy – and the Vice-President responsible for Switzerland, Maroš Šefčovič, has not proven to be particularly flexible. Finally, one should not forget that the game with the imminent end of the EU Commission's term of office and the supposedly closing window of opportunity is not new. On 13 September 2018, Jean-Claude Juncker said that it would be better for Switzerland to conclude the FA with the EU before the end of his presidency the following year. So, the Swiss shouldn't be fooled and take their time. At the end of the day, this is not about whether someone at the top of the EU is well-disposed towards the Swiss or not. Rather, it is about interests that are independent of individuals. Switzerland can have such an unequal contract at any time.

Nils Kohlmeier, Andreas Gutmann

Nachhaltig nicht-nachhaltig

Rechte indigener Gruppen im Freihandelsabkommen EU-Mercosur

doi: 10.59704/7b777bd425ba4ec2

Im Rahmen der Energiewende wächst der europäische Bedarf nach Rohstoffen. Zahlreiche der für die Energiewende benötigten Rohstoffe befinden sich auf den Gebieten indigener Völker, was häufig zu Konflikten führt. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass das geplante Abkommen zwischen der EU und den Mercosur-Staaten keine Vorschriften bezüglich Beteiligung und Schutz indigener Völker beinhaltet. Ein Verweis auf solche Vorschriften, insbesondere aus der ILO-Konvention 169, wäre völkerrechtlich geboten und trüge dazu bei, die Konflikte und Widersprüche des Nachhaltigkeitsbegriffs aushandelbar zu machen.

Erst jüngst hat der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) dem indigenen Volk der *Q'eqchi'* in Guatemala Eigentumsrechte an einem von ihm bewohnten Gebiet zugesprochen, auf dem eine Nickelmine betrieben wird. In seiner Begründung stützte sich das Gericht auf die ILO Konvention Nr. 169 über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern (i.F.: ILO Nr. 169), die neben anderen EU-Staaten auch von Deutschland ratifiziert wurde. Daher stellt sich die Frage nach der Umsetzung der Konvention im europäischen Kontext. Diese lässt sich bezüglich des Nachhaltigkeitskapitels des zwischen der EU und den Mercosur-Staaten geplanten Assoziierungs- bzw. Freihandelsabkommens als defizitär beantworten. Diese Defizite führen dazu, dass die Aushandlung der Widersprüche der Nachhaltigkeit einseitig in den Händen der rechtssetzenden Staaten verbleibt. Hierdurch werden koloniale Exklusionsmuster fortgeschrieben.

Lithiumabbau: Eine Schattenseite des „European Green Deal"

Auch wenn sein Abschluss in letzter Zeit unsicherer geworden ist, gerät das zwischen der EU und den Mercosur-Staaten (Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay) geplante Abkommen (i.F.: EU-Mercosur) in diesem Kontext in den Fokus. Argentinien ist als Teil des „Lithiumdreiecks" essentiell für die Umsetzung des „European Green Deal" der EU-Kommission, der eine Senkung verkehrsbedingter Emissionen um 90% bis 2050 vorsieht (S. 12). Eine Umstellung auf Elektromobilität ist nur mittels des Verbauens von Lithiumbatterien möglich. Den Preis dieser „Just Transition" (zum Begriff Stark/Gale/Murphy-Gregory) des Globalen Nordens zu CO2-armen Ökonomien (hierzu Zografos) zahlen indigene Gruppen wie die *Atacameños*, deren Lebensgrundlage durch den enormen Süßwasserverbrauch des Lithiumabbaus existenziell bedroht ist.

EU-Mercosur: Eigentums- und Konsultationsrechte indigener Gruppen fehlen

Nachhaltigkeitskapitel in Freihandelsabkommen erklären etwa multilaterale Umweltübereinkommen als für die Parteien verbindlich und sehen spezielle Nachhaltigkeitsverpflichtungen vor. Die (bisherigen) Regelungen des Nachhaltigkeitskapitels des EU-Mercosur enthalten jedoch keinen Abschnitt zum Lithiumabbau – und keine diesbezüglichen Vorgaben zur Gewährleistung der Rechte indigener Gruppen aus ILO Nr. 169 (Fritz, S. 29). Die einzige Vorschrift, die in Zusammenhang mit indigenen Gruppen steht, ist Art. 8 Nr. 2 b) EU-Mercosur („Trade and Sustainable Management of Forests"). Darin ist lediglich vorgesehen, indigene Gruppen in nachhaltige Lieferketten der Forstwirtschaft einzubeziehen, sie vorher darüber zu informieren und ihr Einverständnis einzuholen. Dieses Einverständnis wird dabei faktisch vorausgesetzt, denn es findet sich keine Bestimmung für den Fall, dass dieses nicht eingeholt werden kann.

Das Nachhaltigkeitskapitel des EU-Mercosur-Abkommens wird somit seinem Namen selbst nach der engen Definition von Nachhaltigkeit, wie sie sich in Art. 1 Nr. 3 EU-Mercosur und in der Präambel der UN-SDGs findet (drei gleichrangige, interdependente Säulen aus Ökonomie, Ökologie und Sozialem), nicht gerecht. Und dies, obwohl in Art. 1 Nr. 2 des Nachhaltigkeitskapitels explizit auf die UN-SDGs verwiesen wird. UN-SDG Nr. 15.1 sieht insbesondere den Schutz inländischer Frisch-

wassersysteme vor, während UN-SDG Nr. 16.7 inkludierende Partizipationsmöglichkeiten auf allen Ebenen von Entscheidungsfindungen absichert.

In Bezug auf den Lithiumabbau fehlen Verrechtlichungen solcher Partizipationsmöglichkeiten in Gestalt der Umsetzung der ILO Nr. 169 im EU-Mercosur völlig. Eine ähnliche Tendenz zeigt auch der der kurz vor der Verabschiedung stehende EU Critical Raw Materials Act (CRMA, siehe auch Kampourakis). Dieser erlaubt Abbauprojekte in Drittländern als „Strategische Projekte" einzustufen und diese somit zu forcieren. Hierfür ist nach Art. 6 Abs. 5 UAbs. 2 CRMA zwar die „ausdrückliche Genehmigung" des Drittstaates erforderlich. Wer genau an dieser Entscheidungsfindung zu beteiligen ist, bleibt hingegen unbenannt.

Dabei beinhaltet die ILO-Konvention 169 verschiedene Regelungen, die in Bezug auf den Lithiumabbau Relevanz erlangen können. Art. 14 und 15 statuieren etwa umfassende staatliche Anerkennungs- und Schutzpflichten der Eigentums- und Besitzrechte indigener Gruppen, insbesondere auch hinsichtlich der Nutzung natürlichen Ressourcen. Aus Art. 6 Nr. 1 a) folgt das Recht auf die Implementierung eines effektiven Konsultationsverfahrens in Form eines Free Prior Informed Consent (FPIC). Letzteres hat der IAGMR in seiner Rechtsprechung aufgegriffen und konturiert (vertiefend Eichler, S. 170 ff.). Argentinien hat sich wie sämtliche Mercosur-Staaten dieser Rechtsprechung unterworfen, was verbindliche Umsetzungspflichten für den völkerrechtlichen Vertrag des EU-Mercosur schaffen dürfte. Der Beitrag möchte jedoch nicht mit dem (westlichen) Finger allein auf den argentinischen Staat zeigen. Die grundsätzliche Kritik zielt darauf, dass die aus ILO Nr. 169 resultierenden Verpflichtungen ebenso für die EU als Vertragspartei des EU-Mercosur gelten und diese ebenfalls zu ihrer Umsetzung verpflichtet ist.

Die ILO 169 spielt insbesondere in zahlreichen lateinamerikanischen Staaten eine wichtige Rolle (Überblick bei Courtis). Nicht nur der IAGMR, sondern auch verschiedene nationale Gerichte haben ihren Inhalt ausbuchstabiert, einzelne Regelungen können gar zu (regionalen) Gewohnheitsrecht erstarkt sein (vgl. Anaya/Wiessner). In einem gewissen Kontrast hierzu steht die Rechtspraxis in Europa. So war etwa der Ratifikationsprozess in Deutschland von der Überzeugung geprägt, der Schritt sei rechtlich folgenlos, da auf deutschem Staatsgebiet keine indigenen Völker lebten (BReg, S. 23). Rechtsprechung und Literatur, welche die Wirkung der Konvention in der deutschen Rechtsordnung zum Gegenstand hat, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht vorhanden.

ILO Nr. 169: Unional bindend

Anders als Deutschland oder Argentinien hat die EU selbst ILO Nr. 169 nicht ratifiziert. In seinem Kadi-Urteil hat der EuGH aber betont, dass er sich hinsichtlich der menschenrechtlichen Vereinbarkeit unionaler Handlungen u.a. „von den Hinweisen leiten [lasse], die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, […] denen [die Mitgliedstaaten] beigetreten sind" (Rn. 283 ff.) Da innerhalb der EU neben Deutschland auch Luxemburg und Dänemark ILO Nr. 169 ratifiziert haben, muss sich auch ein Freihandelsabkommen wie das EU-Mercosur als unionale Handlung (Art. 217 AEUV) an den Maßstäben der ILO Nr. 169 messen lassen. Zudem ist die EU über Art. 51 Abs. 1 Alt. 1 GRCh beim Abschluss einer internationalen Übereinkunft – hier: EU-Mercosur – an die Grundrechtecharta gebunden (Schwerdtfeger, Art. 51 Rn. 32 m.w.N). Insofern erfahren sowohl das Eigentums- als auch das Konsultationsrecht aus ILO Nr. 169 über die je als Menschenrecht ausgestalteten Art. 17 Abs. 1 (Eigentumsschutz) und Art. 47 Abs. 1 GRCh (Recht auf einen effektiven Rechtsbehelf) eine enorme unionale Verschränkung. Die ebenfalls als Menschenrechte ausgestalteten Parallelregelungen Art. 1 ZP 1 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 EMRK verstärken diese. Obwohl die EU selbst der EMRK nicht beigetreten ist, sind ihre Grundrechte gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts, womit die EMRK die wichtigste Rechtserkenntnisquelle hierfür bleibt (Kingreen, Art. 6 EUV Rn. 7). Art. 52 Abs. 3 GRCh normiert diese Bedeutung explizit.

Auch die Bundesrepublik treffen im Zusammenhang mit dem Zugang zu ausländischen Lithiumvorkommen Pflichten aus der ILO-Konvention 169. So folgt nach dem BVerfG aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG eine Pflicht der Staatsorgane, „das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen" (Rn. 93). Um die Rechte aus der Konvention zu gewährleisten, ist die Bundesrepublik verpflichtet, im Rahmen von Vertragsverhandlung im Rat auf die Einhaltung insbesondere der Beteiligungs- und Konsultationsrechte zu dringen und sich gegebenenfalls als *ultima ratio* gegen einen Vertragsschluss auszusprechen.

Vom widersprüchlichen zum konfliktuellen Nachhaltigkeitsbegriff

Auf einer höheren Ebene zeigt sich in der Nichtberücksichtigung indigener Partizipationsrechte im Nachhaltigkeitskapitel des Mercosur-Abkommens ein tiefergehendes Problem des Nachhaltigkeitsbegriffs. Dieser ist – jedenfalls nachdem er sich früh von jeder Wachstumskritik gelöst hat (Spehr/Stickler, S. 214) – von Widersprüchen geprägt. Wie das Beispiel des Lithiumabbaus zeigt, befördert die ökologisch motivierte Antriebswende keine harmonische Verwirklichung des magischen Nachhaltigkeitsdreiecks, sondern führt zu handfesten sozialen und ökologischen Verwerfungen. Diese Verwerfungen können nicht adressiert werden, solange die Widersprüche des Nachhaltigkeitsbegriffs unthematisiert bleiben.

Diese Widersprüche werden hierbei durch das Nachhaltigkeitsdreieck selbst erzeugt und sind in diesem nicht lösbar. Deswegen ist der Nachhaltigkeitsbegriff (radikal) zu transformieren. Widersprüche sind zum Konflikt zu machen, indem sie in rechtliche Verfahren überführt werden (vgl. Jaeggi, S. 152 f.). Rechtsakte wie das Mercosur-Abkommen oder der EU Critical Raw Materials Act sollten somit Regelungen beinhalten, welche Partizipationsmöglichkeiten in diesen Konflikten eröffnen, etwa durch die Beteiligung indigener Völker am Ort der Rohstoffgewinnung. Solche Partizipationsverfahren sind dabei keine großzügige Geste, sondern völkerrechtlich und nach dem nationalen Recht zahlreicher Staaten verpflichtend.

Macht die EU die Etablierung von Handelsbeziehungen von der Einhaltung solcher Mindeststandards – insbesondere aus der ILO-Konvention 169 – abhängig oder kritisiert sie die Nichteinhaltung durch die argentinische Regierung, handelt es sich somit gerade nicht um eine Form des „moralischen Imperialismus“, also um eine Oktroyierung (westlicher) Menschenrechtsstandards. Das Gegenteil ist der Fall: Verzichtet die EU darauf, Partizipationsmöglichkeiten nicht-staatlicher Akteur*innen, etwa indigener Völker, verbindlich zu setzen, monopolisiert sie die Aushandlung der Nachhaltigkeitskonflikte in der zwischenstaatlichen Sphäre. Sie reproduziert damit die Exklusion indigener Völker aus der Entscheidungsfindung über die Ausbeutung natürlicher Ressourcen. Die Aushandlung der Nachhaltigkeitskonflikte bleiben allein den staatlichen Akteur*innen überlassen, die Atacameños und andere indigene Gruppen werden auf die Zuschauer*innenplätze verbannt.

Not just green, but just green transformations

Die Konflikte um den Rohstoffabbau werden im Rahmen der „grünen Transformation“ aller Voraussicht nach zunehmen. Um zu verhindern, dass die europäische Energie- und Antriebswende einen „grünen Kolonialismus“ befördert (siehe etwa Claar), ist eine breite Partizipation, insbesondere historisch exkludierter und gleichzeitig häufig in besonderer Weise von Rohstoffabbau betroffener indigener Völker zu gewährleisten. Solche Partizipation führt dazu, dass auch die derzeit herrschenden Grundannahmen der Nachhaltigkeitstransformation der Aushandlung ausgesetzt werden. Nur prozedurale Aushandlungen ermöglichen die Einschreibung eines Reflexionsmoments transnationaler (Menschenrechts-)Gerechtigkeit innerhalb der „grünen Transformation“. Ist die zur Aufrechterhaltung des derzeitigen westlichen Lebens- und insbesondere Mobilitätsmodells erforderliche Rohstoffmenge bei Gewährleistung indigener und anderer Partizipationsrechte nicht zu gewinnen, ist daher eine Verringerung des Rohstoffbedarfs, nicht jedoch des menschenrechtlichen Schutzstandards ins Auge zu fassen.

Simon Simanovski

Milieudefensie v ING: Climate Breakdown and Banks' Duty of Care

doi: 10.59704/9f9a3882e85091a8

There is a trend towards climate lawsuits against companies based on their alleged duty of care not to emit more than a certain amount of greenhouse gases (GHGs). Currently, there are four such cases before courts in Germany, all of which have been unsuccessful so far. On 19 January 2024, Milieudefensie, a Dutch environmental group, initiated legal proceedings against the Dutch Bank ING, for the first time raising the issue of whether financial actors have such a duty of care. This case represents a significant milestone in the worldwide effort to transform the financial sector and curb its seemingly endless appetite for financing fossil fuels. In light of these proceedings, I argue that the German courts have adopted an imprecise understanding of what the duty of care entails and that an appropriate application of this duty can increase the accountability of financial actors.

Milieudefensie v ING

Milieudefensie, the environmental group otherwise known as "Friends of the Earth Netherlands", which is also behind the landmark climate case against Shell, demands that ING establishes a climate policy in line with the 1.5°C target of the Paris Agreement and consequently halves its total CO2-emissions by 2030, compared to 2019-levels. Furthermore, ING must require all its corporate clients to provide a climate transition plan and stop the expansion of their fossil fuel businesses. Should the clients fail to comply with these requirements within one year, ING shall cease their financing and support. The bank was served with a corresponding liability notice, granting it eight weeks to fulfil these demands, prior to being summoned before the District Court in Amsterdam.

My analysis focuses on the replicability of the main line of argument from the perspective of German law. Specifically, it revolves around the extent to which banks bear responsibility for emissions attributable to their financial activities. This question is situated in the context of the climate nuisance cases brought before German courts. My claim is twofold. I argue that German banks have a *duty to maintain public safety* rather than a *duty of care*. Further, I contend that if the financed activities are on a trajectory to exceed the defined planetary boundary for carbon emissions, the financing itself can violate this duty.

German banks' duty to maintain public safety

Milieudefensie bases its claim on Art. 6:126 (2) of the Dutch Civil Code, which defines tortious acts as violations of „a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct". The claim resembles the legal proceedings against Shell in 2021, where the Hague District Court ordered Shell to reduce its emissions by 45% until 2030 relative to 2019.

German civil law is equipped with two related duties, whose differences must be carefully fleshed out to understand why the mentioned cases have been unsuccessful so far. On the one hand, there is the duty of care (*Sorgfaltspflichten*), defined as adherence to the level of care required under the relevant circumstances. On the other hand, there is a duty to maintain public safety (*Verkehrssicherungspflichten*), which demands that anyone who creates a hazard take the necessary and reasonable measures to prevent harm to others. The practical difference between both concepts lies in the fact that the duty of care is applied when an act directly infringes a right, whereas the duty to maintain public safety relates to cases where the relevant conduct first creates a hazard, which demands additional actions to mitigate the hazard. Only if one fails to provide these additional measures this violates the duty to maintain public safety.

The financing of emitting activities clearly does not breach a duty of care since it does not directly infringe on any right. However, it is reasonable to consider whether these activities pose a risk in the sense of the duty to maintain public safety, which in turn would impose additional obligations for banks.

The emission of greenhouse gases (GHG's) creates a hazard in the form of consuming the limited carbon budget, meaning the amount of emissions that remains to

stay within the planetary boundary defined for climate. Every additional tonne of CO2 brings society closer to a threshold beyond which the climate system could derail catastrophically.

Additionally, it is well established that the shift of financial flows must facilitate the societal transition towards a climate-neutral economy. Accordingly, a moratorium on financing companies that are on the path to breaching the planetary climate boundary is a *condition sine qua non* for staying within it. This is reflected in Milieudefensie's demand that the Bank ING ask their corporate clients to provide a climate transition plan in line with the 1.5°C degree threshold. Similarly, German banks have a duty to maintain public safety by ensuring that their loans, bonds, and other investment portfolios reflect an emissions pathway compatible with the respective limits.

This is a narrow interpretation of what the duty to maintain public safety entails. As laid out by Auz and Paiement, the current levels of warming already directly and grossly violate public safety worldwide. In addition, this duty should not be limited to the boundaries of the respective national jurisdiction but must reflect the global impact of GHG emissions. This fact is acknowledged in the case of *Luciano Lliuya v RWE AG*, where the claimant argued that a duty to maintain public safety exists in relation to the transboundary effects of GHG emissions.

The public-private interface

As mentioned in the first section, the duty to maintain public safety refers – exclusively – to the second of a two-stage process: creating a hazard (1) and taking the necessary and reasonable measures to prevent harm to others (2). Logically, one can only apply the duty to maintain public safety to cases where the initial creation of the hazard itself is not a tortious act. Hence, the question is not about the legality of creating a hazard (stage 1) but about the appropriate preventive measures to maintain public safety (stage 2). In other words, emitting GHG's and financing emitting activities might be legal. However, exactly because it is legal (and hazardous), the agents undertaking these activities must provide appropriate countermeasures under the discussed duty to maintain public safety.

In the cases against Mercedes, BMW and VW, currently before German courts, claimants have alleged a breach of their duty to maintain public safety. In turn, the corporations have successfully defended themselves by referring to the legality of their (hazardous) conduct. Specifically, they have argued that by securing all the necessary permits under the rules of *public law*, they fulfilled all obligations to operate emitting infrastructure.

These cases indicate the broader (structural) problem of the interplay between public and private law. In other words, should public law have the final say in determining the level of harm citizens must endure? Or is it up to individual rights holders to fight out the societal distribution of risks and rewards themselves?

In the proceedings against the mentioned car manufacturers, the first and second instance courts have based their dismissing judgements on this public-private interface, voting in favour of the public authority to regulate the legality of the conduct definitively and rejecting the claim that any private law guardrails should be placed on their behaviour. This misjudgement has arisen from the fact that courts have treated these cases exclusively as falling under the duty of care, whereas claimants have rightfully based them on the duty to maintain public safety.

In the context of financial actors, it is doubtful whether courts will be able to use this line of argument at all to reject similar claims. Banks do not need any permits to finance highly emitting activities, which broadens the avenue for private-law interventions.

Material substance of the duty to maintain public safety in the climate crisis

Although at a dangerous level, climate change is currently controllable. The last IPCCC report has reiterated that through swift and drastic emissions reductions, humanity can stay in its safe operating space and avoid crossing climate tipping points. Hence, it is still possible to prevent self-reinforcing feedback loops from exacerbating climate change in a manner that would not be controllable through human intervention. Thus, it is paramount that we do not exceed the remaining emission budgets. This is the substance of the preventive measures that banks must take. They have to ensure that their investment portfolios represent an emissions pathway consistent with staying within these budgets. Concurrently, the *legal* substance of this duty is consistently reconfiguring itself in relation to the *factual* shrinking of the remaining budget.

Systemic importance, systemic responsibility

Under Transnational Banking Law, the Financial Stability Board annually selects so-called „Global Systemically Important Banks“ (ING being one of them). Due to their size, cross-border activities, interconnectedness with the financial system, and the complexity of their operations, these banks matter for the entirety of the global economy. As a result of this status, they must meet additional requirements to ensure that the risk they pose does not result in real damage. The same rationale must be applied to their financing of emitting activities and their corresponding impact on the depletion of global emissions budgets. Whether Dutch and German courts will recognize this importance and put private law guardrails on hazards, authorized by public law, remains to be seen.

Offener Brief

Zur notwendigen Annahme der CSDDD durch den EU-Rat

doi: 10.59704/f72ee49b5319087b

In unterschiedlichen Disziplinen forschen, lehren und beraten wir zu Fragen der nachhaltigen Transformation der Wirtschaft. Die aktuellen Pläne gegen eine Annahme der im Trilog abgestimmten EU-Lieferkettenregulierung (Corporate Sustainability Due Diligence Directive – CSDDD) durch den EU-Rat, initiiert von den FDP-geführten Ministerien für Finanzen und Justiz (Christian Lindner und Dr. Marco Buschmann),[1] nehmen wir mit großer Sorge wahr. Sie stellen nicht nur das Gelingen der CSDDD, sondern auch die Nachhaltigkeitstransformation der Wirtschaft in der EU nach dem EU-Green-Deal-Projekt in Frage. Wir finden: die CSDDD bedeutet nicht nur Aufwand, sondern sorgt für Rechtssicherheit für Unternehmen mit internationalen Lieferketten.

Ziel des EU-Green-Deals ist neben der Stärkung der Menschenrechte und menschenwürdiger Arbeitsbedingungen (z.B. Verhinderung von Kinder- und Zwangsarbeit) die Erreichung einer klimaneutralen Wirtschaft bis 2050. Dies setzt u.a. die Implementierung einer unternehmerischen Klimastrategie im Einklang mit dem Pariser Klimaschutzabkommen und entsprechenden Anreizsystemen auf Ebene der Unternehmensleitung voraus. Die Aussage, dass die Vorgaben der CSDDD „mit der Funktion der Aufsichtsorgane nicht vereinbar [sind] und einen schweren Eingriff in die Corporate Governance dar[stellen]“, ist daher kritikwürdig. Ohnehin ist über Nachhaltigkeitsaspekte künftig nach der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) zu berichten. Diese bezieht auch die Wertschöpfungskette mit ein. Die Aussagekraft der künftigen Nachhaltigkeitsberichterstattung sowie die übergeordneten Zielsetzungen der Klimaneutralität und Stärkung der Menschenrechte in der EU wäre ohne die CSDDD in Gefahr.

Die Argumentation der Minister Lindner und Buschmann stellt auch das bereits am 1.1.2023 in Kraft getretene deutsche Lieferkettengesetz (LkSG) in Frage, da eine fehlende EU-Harmonisierung durch die CSDDD die wettbewerbliche Situation der deutschen Wirtschaft im internationalen Verkehr deutlich verschlechtern dürfte. Der Aussage, durch die CSDDD „drohe auch menschenrechtlich und ökologisch eine Verschlechterung der Situation“ durch Reshoring, treten wir entschieden entgegen.

Die CSDDD wird für inländische Unternehmen gegenüber dem LkSG nur punktuell einen administrativen Mehraufwand verursachen (u.a. risikobasierter Ansatz, keine wesentlichen zusätzlichen Reporting-Pflichten). Die CSDDD würde zugunsten der deutschen Wirtschaft die notwendige Wettbewerbsgleichheit in Europa herstellen. Diesen wichtigen Beitrag der europäischen Regelung gilt es jetzt durch politische Geschlossenheit zu verteidigen. Wir fordern die deutsche Bundesregierung daher auf, sich im EU-Rat aktiv für eine Annahme der CSDDD einzusetzen.

In alphabetischer Reihenfolge:

Prof. Dr. Heribert M. Anzinger, Universität Ulm
Prof. Dr. Anna Beckers, Universität Maastricht
Prof. Dr. Lucia Bellora-Bienengräber, Universität Groningen
Dr. Matthias Birkholz, lindenpartners
Prof. Dr. Judith Brockmann, Universität Kassel
Prof. Dr. Lisa Carstensen, Universität Kassel
Prof. Dr. Martina Deckert, Universität Kassel
Prof. Dr. Laura Marie Edinger-Schons, Universität Hamburg
Dr. Klaas Hendrik Eller, Universität Amsterdam
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Kassel
Prof. Dr. Martin Franz, Universität Osnabrück
Tonio Friedmann, Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Dr. Nicola Gundt, Universität Maastricht
Prof. Dr. Malte-C. Gruber, Justus-Liebig-Universität Gießen
Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann, Humboldt-Universität zu Berlin

[1] https://correctiv.org/wp-content/uploads/2024/02/Christian-Lindner-und-Marco-Buschmann-zum-EU-Lieferkettengesetz.pdf.

PD Dr. Markus Helfen, Hertie School Berlin's University of Governance
Prof. Dr. Isabell Hensel, Universität Kassel
Prof. Dr. Markus Kaltenborn, Ruhr-Universität Bochum
Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Dr. Judith Kopp, Universität Kassel
Prof. Dr. Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
Prof. Dr. Malte Kramme, TU Bergakademie Freiberg
Dr. Nora Lohmeyer, Radboud Universität Nijmegen
Prof. Dr. Bertram Lomfeld, FU Berlin
Prof. Dr. Timo Meynhardt, HHL Leipzig Graduate School of Management
Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Europäisches Hochschulinstitut
Prof. Dr. Anne-Christin Mittwoch, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. Florian Möslein, Philipps-Universität Marburg
Sean Needham, Helmut-Schmidt-Universität. Universität der Bundeswehr Hamburg
Prof. Dr. Jens Newig, Leuphana Universität Lüneburg
Prof. Dr. Dr. Maximilian Pichl, Hochschule RheinMain
Prof. Dr. René Repasi, Erasmus Universität Rotterdam
Prof. Dr. Giesela Rühl, Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Andreas Rühmkorf, Westfälische Hochschule
Dr. Miriam Saage-Maaß, ECCHR
Prof. Dr. Anne Sanders, Universität Bielefeld
Dr. Christian Scheper, Universität Duisburg-Essen
Prof. Dr. Dr. h.c. Stefan Schaltegger, Leuphana Universität Lüneburg
Prof. Dr. Frank Schiemann, Otto-Friedrich-Universität Bamberg
Dr. Christian Schliemann-Radbruch, ECCHR
Prof. Elke Schüßler, Leuphana Universität Lüneburg
Prof. Dr. Julia Schwarzkopf, Hochschule für Technik und Wirtschaft (HTW) Berlin
Prof. Dr. Lucia Sommerer, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. Tobias Steindl, Universität Regensburg
Prof. Dr. Patrick Ulrich, Hochschule Aalen
Prof. Dr. Patrick Velte, Leuphana Universität Lüneburg
Dr. Dr. Carolina Vestena, Universität Kassel
Dr. Anne-Marie Weber, Universität Warschau
Prof. Dr. Stefan C. Weber, StB, Fachhochschule Wedel
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Universität Heidelberg
Prof. Dr. Christopher Wickert, Vrije Universiteit Amsterdam
Prof. Dr. Inge Wulf, Technische Universität Clausthal

Paul Meder

Warum der Konflikt um das EU-Lieferkettengesetz eines haftungsrechtlichen Mittelwegs bedarf

doi: 10.59704/2438ffb814232ec9

Die Abstimmung im Rat der Europäischen Union um ein EU-Lieferkettengesetz ist auf ungewisse Zeit aufgeschoben. Nach Deutschlands Enthaltung kamen wie erwartet auch andere Staaten ins Zweifeln. Auslöser für die plötzliche – und für viele Mitgliedstaaten überraschende – Kehrtwende der Bundesrepublik ist eine Blockade durch die FDP. Die Minister Buschmann und Lindner fürchteten, „dass Unternehmen für Pflichtverletzungen in der Lieferkette in erheblicher Weise zivilrechtlich haften würden." Die sich unter anderem am Thema Haftung entzündende Kontroverse – so die These dieses Textes – ist jedoch auflösbar. Denn die Haftungsregelung lässt sich durch eine Beschränkung auf zivilrechtlich anerkannte Rechtsgüter gut begrenzen – ohne dabei das Gesetz zu verwässern.

Haftungsregelung wegen Auswirkungen des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips notwendig

Um in Europa einheitliche Regelungen zum Schutz von Menschenrechten in den Investitionsdestinationen europäischer Unternehmen zu schaffen, legte die EU-Kommission 2022 einen Entwurf für ein europäisches Lieferkettengesetz vor: die sogenannte Corporate Sustainability Due Diligence Directive (kurz: „CSDDD" oder „CS3D"). Novum zum deutschen Lieferkettengesetz (LkSG): Erfasste Unternehmen können unter bestimmten Voraussetzungen schadensersatzpflichtig werden (Art. 22 CSDDD-Entwurf).[1]

Die häufig zu beobachtende unternehmerische Praxis, in Schwellen- und Entwicklungsländern für ihr operatives Geschäft gering kapitalisierte Konzerngesellschaften einzusetzen, rief den Gesetzgeber auf den Plan. Denn Unternehmen konnten so eine zivilrechtliche Inanspruchnahme häufig verhindern.

Bei Großschäden wie zum Beispiel dem Dammbruch in der brasilianischen Gemeinde Brumadinho Anfang 2019 können sie auf die gesellschaftsrechtliche Haftungstrennung verweisen: Die Konzerngesellschaft ist eine eigene Rechtspersönlichkeit. Die am Kopf der Wertschöpfungskette stehende Gesellschaft ist daher die falsche Beklagte. Denn sog. rechtsträgerübergreifende (Verkehrs-)Pflichten der Muttergesellschaft gegenüber ihren ausländischen Konzerngesellschaften kennt das in derartigen Fallkonstellationen anwendbare ausländische Sachrecht meistens nicht. Deshalb besteht materiellrechtlich häufig kein Anspruch gegen die Muttergesellschaft.[2]

Die Konzerngesellschaft wiederum hat in vielen Fällen nicht ausreichend finanzielle Mittel, um die Gläubiger zu befriedigen. Konsequenz: Derartige potenzielle Großschäden sind betriebswirtschaftlich irrelevant. Zweite Konsequenz: Schadensvermeidungsanreize für Mutter wie Konzerngesellschaft versiegen. Ergebnis: Die Schäden müssen von den Deliktsgläubigern getragen werden. Diese bleiben auf den Kosten sitzen (sog. Externalisierungswirkung).[3]

Als eindrückliches Beispiel für eine solche Vorgehensweise wird gemeinhin die Öltankerflotte benutzt, in der jeder einzelne Öltanker durch eine separate, gering kapitalisierte Tochter betrieben wird).[4] Dass Unternehmen ein solches „judgement proofing" („Gerichtsfestigkeit") durch Umstrukturierungsmaßnahmen stets anstreben, ist inzwischen empirisch belegt.[5]

[1] Zitiert dieser Artikel den CSDDD-Entwurf, bezieht sich das Zitat auf die aktuelle Verhandlungsversion.

[2] Siehe zum Ganzen Meder, Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten, S. 238 ff.

[3] Siehe dazu Meder, Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten, S. 235 ff.

[4] Bsp. nach Hansmann/Kraakmann, 100 Yale Law Journal (1991), 1881.

[5] Ringleb/Wiggins, 98 Journal of Political Economy (1990), 574 ff.

CSDDD-Haftungsregel fängt Externalisierungseffekte ein

Diesem Problem begegnet nun die Haftungsregelung im CSDDD-Entwurf. Sie sieht haftungsbewährte Pflichten europäischer Muttergesellschaften gegenüber ihren ausländischen Konzern- und Zulieferergesellschaften vor.

Dem aktuellen Einigungsprozess sind auch bereits erste Kompromisse gelungen: So erfordert Art. 22 Abs. 1 (a) CSDDD-Entwurf nun Verschulden („[…] *intentionally or negligently failed to comply with the obligations* […]"). Das gab es im Kommissionsentwurf noch nicht.

Darüber hinaus beschränkt die aktuelle Verhandlungsversion den Haftungstatbestand auf die in Annex I gelisteten Rechtsgüter, die als zweite Voraussetzung drittschützenden Charakter aufweisen müssen (Art. 22 Abs. 1 (a): *„[…] when the right, prohibition or obligation listed in Annex I is aimed to protect the natural or legal person […]"*).

Haftungsregel ist durch Inbezugnahme sämtlicher Menschenrechte als Rechtsgüter zu unbestimmt

Eine wirkliche Begrenzung der geschützten Rechtsgüter stellt diese Einschränkung in Art. 22 Abs. 1 (a) CSDDD-Entwurf indes nicht dar. Denn Annex I erfasst sämtliche auf völkerrechtlicher Ebene kodifizierten Menschenrechte („*Human rights and fundamental freedoms instruments*"). Explizit erwähnt wird etwa der UN-Sozialpakt („*sixth paragraph: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*").

Das ist ein Problem, denn niemand weiß, was derartige öffentlich-rechtlich konzipierte Menschenrechte haftungs- und schadensrechtlich bedeuten sollen.

Man nehme das Beispiel Art. 9 UN-Sozialpakt: Diese Vorschrift gewährt ein Recht auf soziale Sicherheit. Dieses beinhaltet unzählige Rechtspositionen: Versicherung gegen Arbeitslosigkeit, Zugang zu Gesundheitsleistungen, Hilfe bei Lohnausfall wegen Krankheit, Altersvorsorge, eine Berufsunfallversicherung, Unterstützung für Familien und Kinder, Mutterschutz, Hilfe für Behinderte sowie für Waisen und überlebende Angehörige eines verstorbenen Hauptverdieners.[6]

Könnten die Arbeitnehmer einer deutschen VW-Tochter also gegen die VW AG Schadensersatz einklagen, weil es in den USA keine gesetzliche Krankenversicherung gibt? Könnten Arbeitnehmer etwaiger Konzerngesellschaften nun die Kosten für Berufsunfallversicherungen, Altersvorsorge und Mutterschutz von der jeweiligen europäischen Muttergesellschaft einklagen, weil die VW AG ihre „Menschenrechte", hier also Art. 9 des UN-Sozialpakts, verletzt hat?

Ähnliche Fragen stellen sich beim „Recht auf einen angemessenen Lebensstandard" (Art. 11 Abs. 1 UN-Sozialpakt). Darunter fällt auch ein Recht auf angemessenen Wohnraum zu vernünftigen Preisen. Könnte die TÜV Süd AG von einem deutschen Gericht nun bspw. zum Wohnungsbau für die brasilianischen Arbeitnehmer ihrer brasilianischen Urenkelgesellschaft „TSB" verurteilt werden?

Insoweit muss man hinzufügen: Art. 9 und 11 sind lediglich zwei von zehn (siehe Art. 6 bis 15 UN-Sozialpakt) jeweils oft mehrere Individualrechte zusprechende Artikel des UN-Sozialpakts. Neben dem UN-Sozialpakt bezieht Annex I noch den politische Rechte regelnden UN-Zivilpakt sowie sämtliche menschen- und grundrechtlichen Kodifikationen mit ein. Diese weisen ihrerseits unzählige originär an Staaten adressierte Individualrechte zu. Daneben enthält Annex I ca. 30 weitere, explizit aufgelistete menschenrechtliche Individualrechte wie z.B. das Recht auf faire Löhne. Diese müssen alle auf ihren deliktsrechtlichen Kerngehalt runtergebrochen werden. Eine solche Analyse ist bislang rechtswissenschaftlich nicht erfolgt. Das tatsächliche Ausmaß einer solchen Haftungsregelung kann zum derzeitigen Stand daher niemand beurteilen.

Insoweit verfängt auch das immer wieder bemühte Argument nicht (siehe z. B. Rechtsgutachten der Initiative Lieferkettengesetz, S. 53), deutsche Gerichte hätten auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) zivilrechtlich herunterbrechen können, könnten dies also ohne Weiteres auch betreffend anderer Grund- und Menschenrechte: Denn zum einen handelt es sich beim APR um nur *eine* Grundrechtsposition, während in der CSDDD der haftungsrechtliche Wesenskern einer hohen zweistelligen Zahl von originär an Staaten adressierten Menschenrechten destilliert werden müsste. Zum anderen gibt es jährlich unzählige streitige Verfahren zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (z. B. im Presserecht), wo dies geschehen kann. Deutsche Fälle von *human rights-litigation* gab es demgegenüber ganze zwei: Das Fabrikunglück eines KiK-Zulieferers in Karatschi (LG Dortmund) und der

[6] V. Falkenhausen, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, S. 288; Meder, Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten, S. 267.

Bruch eines zuvor vom TÜV Süd zertifizierten Staudamms in Brumadinho (LG München I). Es ist für deutsche Gerichte unmöglich, so jemals eine gesicherte (höchstrichterliche) Rechtsprechung zu entwickeln. Rechtssicherheit durch höchstrichterliche Rechtsprechung ist bei der CSDDD eine Illusion.

Aus den gleichen Gründen ist es begrüßenswert, dass die in Annex II geregelten Umweltrechte nicht mehr Teil der Haftungsregelung sind. Denn dem Kollektivgut „Umwelt" fehlt der für deliktische Rechtsgüter typische Zuweisungsgehalt und die Ausschlussfunktion: Wem als Geschädigter die Aktivlegitimation zufällt, ist bei Umweltschäden zivilrechtlich sehr schwer zu bestimmen. Der Kommissionsentwurf von 2022 bot insoweit noch keine Klärung an.[7]

Abmilderung der Problematik durch Begrenzung der Haftungsregelung auf Konzernverhältnisse

Die Bezugnahme auf die gesamte Palette internationaler Menschenrechte als Rechtsgüter wird allerdings dadurch abgemildert, dass Zulieferer, also bloße Vertragspartner, von der Haftungsregelung nicht mehr erfasst werden (Art. 22 Abs. 1 a CSDDD-Entwurf: „*A company cannot be held liable if the damage was caused only by ist business partners*").

Die Haftungsregelung gilt damit nur noch für Konzerngesellschaften – ein enormes Zugeständnis seitens der Befürworter des Richtlinienentwurfs. Denn menschenunwürdige Arbeits- und Sicherheitsbedingungen in Zuliefererbetrieben, z. B. in Pakistan (Fabrikbrand in Karatschi) und Bangladesch (Einsturz Rana Plaza), waren die Auslöser, warum man vor bald 10 Jahren eine Regulierung von Lieferketten überhaupt erwogen hatte. Vor diesem Hintergrund war es verwunderlich, dass sich die FDP nicht auf diesen Kompromiss eingelassen hatte.

Vermittelnde Lösung: Begrenzung der haftungsbewährten Rechtsgüter auf Leben, Leib, Freiheit und APR als Kompromiss

Um den Richtlinienentwurf doch noch zu retten, könnte ein die Haftungsregelung deutlich vereinfachendes Angebot an die zweifelnden Staaten lauten: Geschützt werden haftungsrechtlich nur noch die üblichen deliktsrechtlichen Rechtsgüter: Leben, Leib, Freiheit, Eigentum und APR. Dabei handelt es sich um in den meisten EU-Staaten deliktsrechtlich ohnehin sanktionierte Rechtsgüter.[8]) Dann könnte nur noch für eine Verletzung dieser Rechtsgüter Schadensersatz verlangt werden. Dies hat den Vorteil, dass die jeweiligen Rechtsordnungen mit derartigen Rechtsgütern bereits Erfahrungen haben und diese anzuwenden wissen.

Ein solcher Kompromiss würde das Gesetz auch nicht verwässern: Rechtsträgerübergreifende Verkehrspflichten enthält das Gesetz dennoch. Es pariert so die für Deliktsgläubiger nachteiligen Anreizwirkungen des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips und leistet so seinen Anteil an globaler Gerechtigkeit. Darüber hinaus war es erklärtes Ziel der Business and Human Rights-Bewegung, Vorfälle wie z. B. Bhopal und Brumadinho in Zukunft zu verhindern. In diesen Fällen ging es zumeist ohnehin nur um die Rechtsgüter Leib und Leben. Werden diese Rechtsgüter nun haftungsrechtlich erfasst, ist die Richtlinie ein voller Erfolg

[7] Zu diesem Thema siehe Meder, Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten, S. 264 ff. mwN.

[8] Siehe rechtsvergleichend Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 202 ff., 223 f. und 262 f.

Aurore Gaillet, Michael Hempelmann

Mit der Verfassung spielt man nicht!

Die Reform des Einwanderungsrechts und der Verfassungsrat

doi: 10.59704/cf6e457fc9129351

Am 25. Januar 2024 hat der französische Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*, fortan: CC) zahlreiche Normen des neuen Einwanderungsrechts für verfassungswidrig erklärt (Nr. 2023-863 DC). Im Kontext dieses Normkontrollverfahrens zeigte sich eine Regierung, die den Verfassungsverstoß als Mittel zur Mehrheitsfindung nutzte. Zugleich scheute das Verfassungsgericht die inhaltliche Prüfung und stützte sich fast ausschließlich auf Verfahrensmängel. Beides hilft Bestrebungen von rechts, eine gerichtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen zukünftig einzuschränken. Noch bleibt Zeit, die Verfassungskultur in Frankreich zu stärken.

Das neue Einwanderungsrecht: Symbol für die zweite Amtszeit Macrons?

Mit der Reform gelten insgesamt strengere Voraussetzungen für die Einwanderung nach Frankreich. Das Gesetzgebungsverfahren zeigte nach der Rentenreform erneut, wie sehr *Macrons* zweite Amtszeit (seit 2022) von seiner fehlenden absoluten Mehrheit in der Nationalversammlung geprägt ist.

Wie überall in Europa ist der Streit um die richtige Einwanderungspolitik auch in Frankreich mit einer ständigen Rechtsanpassung verbunden. Allein um gegen illegale Migration vorzugehen, haben französische Regierungen in weniger als zehn Jahren 133mal den Rechtsrahmen geändert (S. 12). Bereits im Juni 2022 kündigte die Regierung einen Gesetzentwurf zum Einwanderungsrecht („Einwanderung kontrollieren, Integration verbessern“) an, verschob das Vorhaben jedoch zunächst, weil sie den Widerstand gegen die Rentenreform bändigen musste. Seit Herbst 2023 nahm sie das Vorhaben wieder auf, noch immer unter dem Motto: „Böse zu den Bösen und nett zu den Netten sein.“ Damit warben Innenminister *Darmanin* und der damalige Arbeitsminister *Dussopt* im linken wie im rechten Lager um Stimmen. Am Ende des Gesetzgebungsverfahren hatte sich der Text merklich „verbösert“. Aus den 27 Artikeln des Gesetzentwurfs waren nach zahlreichen Änderungen 86 Artikel geworden.

Die nachträglichen Änderungen waren auch im Regierungslager hochumstritten – eine Auswahl: Längere Fristen für Familienzusammenführungen, eine Rückreisekautionspflicht für Studierende aus Drittstaaten oder der erschwerte Zugang zu Sozialversicherungsleistungen für Drittstaatsangehörige. Letzteres werteten manche als Einführung eines nationalen Vorrangs (*préférence nationale*), der in Konflikt mit dem Gleichheitsprinzip der französischen Verfassung, *Constitution française* (fortan: CF) steht. „Nett“ war der angenommene Text im Wesentlichen nur noch zu Menschen „ohne Papiere“, wenn sie in Branchen mit hohem Personalbedarf (*métiers en tension*) wie dem Baugewerbe oder der Gastronomie arbeiten. Ihnen können – im Entwurf noch „von Rechts wegen“ – die Präfekten ausnahmsweise von nun an einen Aufenthaltstitel ausstellen.

Zum Gesetzgebungsverfahren

Nur unter *Mitterrand* zwischen 1988 und 1992 musste die Exekutive bisher mit einer relativen Mehrheit regieren. Damals wie heute greift sie häufig auf Instrumente des „rationalisierten Parlamentarismus“ zurück. Dabei verwundert am meisten Art. 49 Abs. 3 CF (fortan: 49.3), der es der Regierung erlaubt, Gesetze ohne parlamentarische Abstimmung zu erlassen.

Doch seine Anwendung ist riskant. Als die Regierung die Rentenform mithilfe von 49.3 verabschiedete (hier, hier, hier), konnten ihre Gegner überzeugend die Legitimität der neuen Regeln infrage stellen. Weitere Gründe sprachen gegen einen erneuten Rückgriff auf 49.3. So ist etwa juristisch ungeklärt, ob die Regierung 49.3 für die Migrationsrechtsreform während dieser parlamentarischen Sitzungsperiode überhaupt noch einmal hätte anwenden können.

Deshalb versuchte die Regierung, mit Überzeugungsarbeit eine Mehrheit zu gewinnen. Zunächst nahm allerdings eine Mehrheit aus Linken und Rechten einen Ablehnungsantrag (*motion de rejet*) an, was selten vorkommt. Es blieb der Weg über den Vermittlungsaus-

schuss, die *commission mixte paritaire* (fortan: CMP), die aus einer gleichen Anzahl von Senatoren und Abgeordneten der Nationalversammlung besteht. Zwar nimmt die Regierung an den Sitzungen der CMP nicht teil, übt allerdings hinter den Kulissen entscheidenden Einfluss auf das Ergebnis in dem Gremium aus. Somit stammte der Text, bei dem die Exekutive zahlreiche Zugeständnisse an die rechtskonservative Senatsmehrheit machte, letztlich aus der Regierungsfeder.

Bei der Abstimmung in der Nationalversammlung stimmten 59 Abgeordnete aus dem Regierungsbündnis gegen den Kompromiss; die Republikaner und der rechtsextreme *Rassemblement National* (fortan: RN) stimmten dafür. Die Rechtsextremen feierten den Text als „ideologischen Sieg". Das linke Spektrum empörte sich über einen klaren Bruch mit republikanischen Grundprinzipien. Die Regierung wies beides zurück, zerbrach aber an der Reform. Erst trat der Gesundheitsminister *Rousseau* zurück. Dann zwang *Macron* seine Premierministerin *Borne* zum Rücktritt und bestimmte schließlich *Attal* als ihren Nachfolger.

Die Instrumentalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Regierung

Nach der Abstimmung bekundete die Exekutive, Teile des von ihr mitgetragenen Gesetzes seien zwar verfassungswidrig, der CC aber werde für Rechtstaatlichkeit sorgen. Dies setzt eine Unart französischer Regierungspolitik fort.

Vier Normkontrollanträge gingen beim CC ein: *Macron* berief sich in seiner Antragsschrift – ohne inhaltliche Argumente (*saisine blanche*) – auf seine Verantwortung als Wächter der Verfassung (Art. 5 CF). *Braun-Pivet*, die Präsidentin der Nationalversammlung und Mitglied von *Macrons Renaissance*, äußerte vor allem verfahrensrechtliche Bedenken. Jeweils mehr als 60 Abgeordnete und Senatoren der Linken argumentierten, einige Reformbestimmungen verstießen gegen Grundwerte der Verfassung bzw. stellten einen Bruch mit einer „republikanischen Tradition der Einreise, der Aufnahme und des Aufenthalts von Ausländern in Frankreich" dar.

Gleichzeitig verkündete *Darmanin*, immerhin Autor der Reform, öffentlich: „Einige Maßnahmen [der Reform] sind offensichtlich und eindeutig verfassungswidrig". Aber der „Verfassungsrat wird seine Arbeit erfüllen. Die Politik darf nicht Juristin vor den Juristen sein". Ähnlich äußerte sich *Macron*. Aus seiner Sicht sei etwa die Kautionspflicht für ausländische Studierende „keine gute Idee" (ab 13:15). Aber ein Kompromiss sei notwendig gewesen und der CC könne nun „technische Fragen" (ab 29:13) beantworten.

Verfassungsbruch als Regierungsmethode

Die Geschichte der V. Republik bietet ähnliche Beispiele für ein solches Regierungsgebaren. Erinnert sei nur an den ehemaligen Justizminister *Clément*, der im Jahr 2005 Vorschriften zum Strafvollzug rückwirkend ändern wollte und die Abgeordneten der Nationalversammlung aufrief, „das Risiko der Verfassungswidrigkeit einzugehen". Damals entgegnete der Präsident des CC *Mazeaud* (S. 5): „Der Respekt vor der Verfassung ist kein Risiko, sondern eine Pflicht."

Der aktuelle Präsident des CC *Fabius* kritisierte das Regierungsverhalten noch im laufenden Verfahren: Bei dem CC handle es sich weder um eine „Echokammer öffentlicher Stimmung, noch eine Berufungskammer gegen Entscheidungen des Parlaments". Im demokratischen System könne man stets die Rechtslage (*l'état du droit*) ändern, aber um dies zu tun, müsse man den Rechtsstaat (*l'État de droit*) achten.

Auch aus der Wissenschaft gab es Widerspruch angesichts des sorglosen Umgangs mit dem Verfassungsrecht. So prangerten neben *Sureau*, einem der einflussreichsten Intellektuellen Frankreichs und selbst Jurist, zahlreiche Verfassungsrechtler (etwa hier, hier und hier) die ungenierte Missachtung der Verfassung an. Einen Mangel an Verfassungskultur hatten andere bereits im Zusammenhang mit der Rentenreform beklagt.

Ein Mangel an Verfassungskultur in Frankreich?

Es sind zunächst die Verfassungsgerichte, die sich für eine Verbreitung der Verfassungskultur einsetzen. Im deutsch-französischen Vergleich betonen viele die geringere Legitimität des CC. Historisch war er als streitschlichtendes Organ für das Handeln der Verfassungsorgane (Erwägung 2) konzipiert. Zwar kennzeichnet ihn noch immer eine eher „politische" als „juristische" Zusammensetzung. Allerdings hat er über die Jahrzehnte auch mehr Unabhängigkeit entwickelt, etwa als er vor bald 40 Jahren entschied (Erwägung 27), dass das Gesetz die *volonté générale* nur dann ausdrücke, wenn es dabei die Verfassung respektiere.

Das Verfahren zum neuen Migrationsgesetz offenbart eine schwache Rechts- und Verfassungskultur im Allgemeinen. Im „Land der Legisten" ist die Verfassung kein „Objekt der Verehrung" oder gar des „Patriotismus". Eine Erklärung dafür dürfte in der Ausbildung der französischen Eliten insbesondere nach Gründung der ENA (heute INSP) im Jahr 1945 liegen. Seitdem spielen juristische Inhalte eine weitaus geringere Bedeutung als noch in der „*Belle Epoque des juristes*" (hier und hier) während der III. Republik (1870-1940). Hier gibt es einen echten Unterschied zur Stellung, die Juristen in Deutschland einnehmen. Somit bleibt das Verfassungsrecht in Frankreich bis dato eher ein „Werkzeugkasten, der dazu bestimmt ist, die Autorität – manchmal die Legitimität – einer politischen Ordnung zu festigen oder im Gegenteil deren Neuentstehung zu verzögern".

Die Entscheidung des CC als Anlass für weitere Instrumentalisierungsversuche?

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung vom 25. Januar 2024 nicht überraschend, aber dennoch ernüchternd. Mit einem Fokus auf dem Verfahrensrecht bleiben inhaltliche Erkenntnisse weitgehend aus. Erkennbar wird stattdessen, wie die Regierungstaktik und die Zaghaftigkeit des Gerichts Narrativen Vorschub leisten, die den CC als Verfassungshüter bedrohen.

Mit 52 Seiten handelt es sich um die zweitlängste Entscheidung in der Geschichte des CC. Das Gericht strich mehr als ein Drittel der Reformbestimmungen. Die meisten davon ließ es durchfallen, da es sich bei ihnen um sog. *cavaliers législatifs* („Springer", ähnlich sog. Omnibusgesetze) handele. Seit 1985 fordert der CC eine inhaltliche Verbindung zwischen dem Entwurfstext und einem neu eingebrachten Änderungsantrag. Besteht keine – zumindest indirekte – Verbindung, ist der angenommene Text insoweit formell-verfassungswidrig. Seit 2008 ist diese Rechtsprechung in Art. 45 Abs. 1 CF kodifiziert. Viele der Nachschärfungen der rechtskonservativen Senatsmehrheit (s. o.) sind damit nicht in Kraft getreten – während der CC die Bestimmungen des Regierungsentwurfs im Wesentlichen für verfassungskonform erklärte.

Da der CC seine Entscheidungen kaum begründet, bleibt unklar und juristisch zweifelhaft, warum er nicht einmal eine *indirekte* Verbindung etwa zwischen Änderungen des Aufenthaltsrechts im Regierungsentwurf und den Verschärfungen zum Familiennachzug im verabschiedeten Text erkennen will (Erwägung 38). Entgegen den markigen Worten *Fabius* – die ein Verfassungsrichter während eines laufenden Verfahrens ohnehin unterlassen sollte – spricht die Entscheidung kaum die Sprache besonnener institutioneller Selbstbehauptung. Denn das Kalkül der Regierung ging auf, sogar ohne dass der CC sie in der Sache an die Pflicht zur Einhaltung verfassungsrechtlicher Grundwerte erinnerte. Mit viel Mühe kann man die Entscheidung so lesen, dass die Ermutigung zu verfassungswidrigem Verhalten gegen das Verfassungsprinzip der Klarheit und Aufrichtigkeit der Parlamentsdebatte (Erwägung 5) verstößt. Denn dies dient dem CC als argumentativer Ausgangspunkt für das Verbot der *cavaliers législatifs*.

So gewandt die restriktive Lesart des CC (ihm selbst) im Moment erscheinen mag, so ungewiss bleiben ihre Folgen. Nach dem Abgang von „Madame 49.3" könnte der Art. 45 Abs. 1 CF zum neuen Regierungsmittel der Wahl werden. Die Enttäuschten versuchen bereits, die Wucht einer empörten „Leidenschaft der Franzosen für 45.1" (ab 24:00) zu entfachen.

Die Drohkulisse der „Richterregierung"

Es sind diejenigen, die sich weniger verfassungsgerichtliche Kontrolle wünschen, denen die „Filterstrategie" der Regierung nun nützt. Aus dem rechten politischen Spektrum rangierten die Kommentare zur Entscheidung des CC zwischen „richterlicher Gewaltakt mit Unterstützung des Präsidenten" (RN) und „Staatsstreich" (Republikaner). Sie verwiesen auf Umfragen, wonach eine Mehrheit der Franzosen viele der aufgehobenen Maßnahmen befürwortet.

Schon länger fordern beide Parteien verfassungsändernde Referenden, welche die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten einschränken sollen. Der Ruf nach direktdemokratischer Beteiligung und „Volkssouveränität" gehört zur politischen Tradition Frankreichs. Aber anhand der CC-Entscheidung zum Migrationsrecht zeigt sich besonders deutlich das Spannungsverhältnis zwischen Volks- und Richter-, sowie Volks- und Parlamentslegitimität (vgl. hier, hier und hier). Diese Spannung kann die rechte Opposition umso plausibler für ihr einseitiges Narrativ der „Regierung der Richter" nutzen, je weniger Regierung und Verfassungsgericht sich konkret zu elementaren Werten der Verfassung bekennen.

Die Sicht des RN – der in Umfragen zu den Europawahlen in Frankreich führt – auf das Verfassungsgericht

ist klar. Die *Lépenisten* unterstreichen, dass ein präsidialer Volksentscheid nach Art. 11 CF einen entscheidenden Vorteil habe (S. 12, 22): Der CC könne das per Referendum angenommene Gesetz nicht überprüfen (Erwägung 5).

Aufruf zur Stärkung der Verfassungsrechtskultur

In einem 21. Jahrhundert, in dem „die Idee des demokratischen Verfassungsstaates weltweit unter Druck gerät", zeigt sich dies „insbesondere in der Behandlung der Verfassungsgerichte". Regierungen sollten sich zuallererst selbst durch Worte und Taten klar zum Rechtsstaat bekennen. Verfassungsgerichte können zu ihrer Resilienz beitragen, indem sie sich in ihren Entscheidungen nachvollziehbar positionieren und die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit bekräftigen.

In Frankreich nutzt die Opposition ihre diskursive Macht über die Bedrohung der „irregulären Migration" gegen die (relative) Mehrheit, um die Legitimität des Gerichts infrage zu stellen. Diese Strategie vollzieht sich in einem Land, in dem die Verfassungsgerichtsbarkeit aus historischen Gründen vergleichsweise schwach ausgeprägt ist. Das jüngste Verhalten der Regierung leistet Beihilfe zu einer weiteren Delegitimierung.

Um diese Zusammenhänge zu verstehen und illiberale Narrative zu bekämpfen, bedarf es einer gelebten Verfassungskultur. In Frankreich ist sie zu aufzubauen und zu vertiefen. Unter *Mitterrand* rief der damalige Premierminister *Rocard* angesichts einer fehlenden Regierungsmehrheit sein Kabinett dazu auf (S. 2), bei der Erarbeitung von Gesetzesvorhaben die Verfassungsmäßigkeit genau zu prüfen und den Rechtsstaat zu achten. Vielleicht sollte auch die aktuelle Regierung den Aufruf lesen. Aus deutscher Sicht kann ein Blick auf dieses französische Verfahren in der Diskussion um die Widerstandskraft von Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz daran erinnern, was es zu bewahren gilt.

Marie-Laure Basilien-Gainche

Heightening the Repressive Dynamic

The 2024 French Immigration Act

doi: 10.59704/18126d41eb8c1421

The new French Immigration Act was promulgated and published on 26th January 2024, the day after the *Conseil Constitutionnel* decision which censored several of its provisions. This was the end of the elongated and tumultuous legislative route that started last year when the Interior Minister presented a bill to control immigration and to promote integration (see here). Initially containing 27 provisions, 59 further ones were added by the right wing majority of the Senate, which largely reflect the views of the extreme right party *Le Rassemblement National*. Though most of them were suppressed by the Law Committee of the National Assembly, many were reintroduced by a Joint Parliamentary Committee on 18th and 19th December 2023. The resulting text was adopted in a rapid sequence by both chambers on the same day, despite the absence of a general discussion at the National Assembly where a motion to reject was adopted on 12th December 2023. *Les Républicains* were greatly satisfied; *Le Rassemblement National* announced an ideological victory; the left was dismayed.

Between its adoption and promulgation, the bill was referred to the Constitutional Council for *a priori* review under Article 61 by the President of the Republic, the President of the National Assembly, sixty deputies and sixty senators. The situation was unprecedented: the Interior Minister, the Prime Minister, and even the President of the Republic – who is supposed to be the guardian of the fundamental charter according to Article 5 of the Constitution – publicly admitted the text was definitely tainted by diverse unconstitutionalities. The *Conseil Constitutionnel* censored 35 provisions in one of its longest decisions to date. It chose to emphasize the Constitution's procedural requirements, while largely avoiding substantive analysis of the Act's drastic reduction of foreigners' rights. Indeed, it asserted the constitutionality or remained silent on many provisions that undercut foreigner's rights. The Act as promulgated thereby constitutes the most repressive text since 1945 and heightens a migration restrictive dynamic, as Danièle Lochak and *Groupe d'information et de soutien des immigrés* (GISTI) underscore.

An expected reminder

The *Conseil Constitutionnel* censored for procedural reasons 32 provisions for lacking a link – direct or indirect – with the initial bill (the Council refers to such provisions as 'parliamentary riders', in French "*cavaliers législatifs*"). This procedural rule, longstanding in the Conseil's case-law, is drawn from Article 45 of the Constitution, which requires amendments to possess a link with the bill under discussion to be deemed admissible.

The affected provisions envisioned a very restrictive approach to migration, as they would have:

- tightened the conditions of the right to family reunification;
- limited access to a residence permit for sick foreigners;
- increased university fees for international students and imposed a return deposit;
- deteriorated the situation of illegally staying foreigners by prohibiting access to emergency shelter and suppressing the fees reduction in public transport;
- restricted access to no contributory social aids for legally staying foreigners;
- made the acquisition of the French nationality more difficult;
- deepened the fight against fraudulent marriage and fraudulent acknowledgement of paternity;
- deleted access to short term resident permit for young adults if they maintain a relation with their parents in the state of origin;
- limited aid for voluntary departure to be obtained only once;
- extended the notion of risk of absconding to increase use of detention;
- eliminated a free day before re-routing for foreigners refused entry at the border;

- made public development aid conditional on the co-operation to fight against irregular migration;
- introduced the offence of illegal stay suppressed in domestic legislation in 2012.

While right wing parties also aimed to replace the *Aide Médicale d'Etat* in order to prevent foreigners to benefit from the national health system, this was abandoned during the political negotiations as the Government promised to *Les Républicains* to reform the disposal in 2024 (see here).

A weak form of control

The *Conseil*'s procedural approach seems unsatisfying. In addition to being stereotypical, it displays a stronger intensity of review for legislative amendments than for executive proposals (see here and here), with the *Conseil* being permissive with the Government in its decision no. 2023-849 (see here) on the pension reform as well as in the case of the Immigration Act (see here). This appears to contradict the 2008 constitutional reform which aimed to strengthen the power of members of Parliament to introduce amendments and to weaken constitutional review of legislative riders (see here). While the *Conseil* subsequently admitted the legislative introduction of provisions relating to nationality in its decision on the 2018 Immigration Act, it did the opposite in the current decision, with no justification being provided for this change in approach.

To be sure, the *Conseil* was in a delicate position, instrumentalised by the executive and the legislative branches, who admitted to ignoring constitutional requirements and deferring to judicial review intractable political disagreements. That is probably why the *Conseil*'s President asserted twice during it greetings that the *Conseil* "is not an echo chamber for trends in public opinion, nor is it a chamber of appeal for the choices made by Parliament." Whether the decision is regarded as clever, needy, or clumsy, the weakness of the *Conseil*'s argumentation is undisputable. First, the ruling does not prevent the introduction of such measures in future bills, though it also does not presume their constitutionality. Second, it did not address the unprecedented legislative process and the devaluation of the role of the Parliament it revealed which seemed to infringe the requirement of a sincere legislative debate (here and here). Third, there was no assertion of the importance of major constitutional principles of dignity, fraternity, egality, and the provisions' tension therewith, as laid out by several of the *amici curiae*.

However, the *Conseil* did censor three provisions on substantial grounds. The first pertained to the institution of a binding parliamentary debate to define national immigration orientations and determine immigration quotas. It reasoned that Parliament has no power to bind itself and to impede the Government's prerogatives. The second concerned a provision to coerce foreigners to have their photo taken and their fingerprints registered. This liberty restriction was not supplemented by sufficient procedural guarantees. The third provision would have created an experiment that let the administration, when considering refusing to issue or renew a residence permit, to examine all the other grounds for issuing a residence permit.

An admitted conformity

Additionally, the *Conseil* upheld the constitutionality of two provisions pending their interpretation as detailed in the decision. One required administrative authorities to inform foreign nationals of the necessity to deliver all documentation that could be useful to examine which permit could be considered, when considering refusing to issue or renew a residence permit. Another concerned the house arrests of foreigners under removal orders, whose renewal may be adopted only after the assessment of the individual's particular situation.

Yet, the striking part of the ruling consists in the *Conseil*'s declaration of conformity with the Constitution of ten provisions of the Law that deploy a repressive agenda against foreigners. These include:

- the obligation for foreigners applying for a residence permit to commit to adhering to the principles of the French Republic, even though a similar provision was previously censored by the *Conseil*;
- the suppression of protections against the adoption and carrying out of removal orders and of territory interdictions that existed for foreigners with close ties with France (parents of a French child, spouses of a French national, foreigners having arrived in France before 13 years old, residents for more than twenty years) when there is a threat to public order (immediately the Interior Minister asked prefects to

look at the situation of foreign delinquents to proceed to their return);
- the extension of the duration of house arrest for foreigners under a removal order that cannot be executed;
- the extension of the delay of judicial review supposed to control the detention of foreigners deprived of their liberty in waiting zones;
- the expansion of the delocalisation of judicial audiences in detention centers;
- the extension of the use of video conferences for judicial audiences regarding cases of foreigners in detention centers;
- the suppression of collegiality of the asylum court that was characterised by the presence of an assessor representing the UNHCR;
- the obligation in several cases for the authorities to refuse or withdraw reception material conditions normally provided to asylum seekers;
- the exclusion of young foreigners under removal orders from childcare protection services;
- a database creation for unaccompanied migrants assumed to be delinquents;
- visa refusal to foreigners if their national state does not cooperate in readmission processes.

An awkward silence

42 Articles of the law were not examined at all. This is both surprising and worrying as the President of the Republic and the President of the National Assembly refer the entire bill to the *Conseil*. However, the Conseil has stopped reviewing provisions that are not explicitly mentioned in the referral, rendering such a "blanket referral" ineffective. Consequently, provisions introducing major restrictions of foreigners' rights have been introduced in the French legal order for now, though an *a posteriori* review of their constitutionality remains possible via some *questions prioritaires de constitutionnalité* (QPC).

These restrictions include an expansion of the use of detention for asylum seekers including those under Dublin transfers; the inadmissibility of a foreigner's asylum application coming from a state where they could have applied for equivalent protection (though the notion of equivalent protection is not defined by the law); the closure of the examination of an asylum claim when the applicant leaves their assigned reception center; the establishment of poles "*France Asile*" where the independence of the protection officers will not be ensured. The result is a weakened right to asylum.

What is more, the deliverance of resident permits is made more difficult (i.e. temporary residence permits for the same purpose cannot be renewed more than three times); the guarantee to an effective remedy is at stake as the period for requesting a remedy is shortened (one month in the case of removal order, 7 days in litigation regarding reception conditions and Dublin transfers, 48 hours for a remedy concerning detention); the use of detention is less controlled since review intervenes only after 4 days instead of 2; the control of territorial access is increased with the extension of the use of data bases and the possibilities of border inspections.

Conclusion

The rights of third country nationals including asylum seekers (see here) are deeply undermined by this law. Yet there was no illusion of the ability or the will of the *Conseil Constitutionnel* to effectively and substantially protect foreigners' rights, since it elevated the fight against irregular immigration to a constitutional objective in 2003. Meanwhile, there is nothing left of one of the provisions the Government proposed that was supposed to promote the integration of foreigners: the regularisation of migrants working in economic sectors under pressure. *Les Républicains* obtained that *Préfets* maintain their discretionary power to regularise undocumented workers employed in activities that are facing labour shortages (construction, catering, personal assistance, etc.). An undocumented worker, who has been resident in France for at least three years and regularly employed for at least 12 of the last 24 months, can apply for a one-year residence permit – without the employer's approval as it was previously the case – yet depending on the *Préfets*' decision issued on a case-by-case basis. The provision, which cannot be invoked against the administration, is in some respects less protective than the 2012 Circulaire Valls was. Only one positive point remains in the 2024 French Immigration Law: the prohibition of minors' detention, even if it is reported to 2027 in Mayotte where most of the minor migrants are detained (France was condemned by the European Court of Human Rights in the *Moustahi* case for such detention of minor migrants in Mayotte in 2020).

Christel Querton

Consolidating Group-Based Refugee Protection

doi: 10.59704/3555492ba6fef229

Two pending cases before the Court of Justice of the European Union (CJEU) provide an opportunity for the CJEU to consolidate group-based refugee protection. However, the nature of the preliminary reference questions also demonstrates the persistence of certain flawed assumptions in gender-based violence cases. The request for a preliminary ruling by the Supreme Administrative Court of Austria (C-608/22 and C-609/22) and the corresponding Opinion of Advocate General De La Tour show that gender cases continue to be at the forefront of jurisprudential developments in international refugee law. At the heart of the cases is a concern with granting refugee protection to groups of persons based on their inherent characteristics, in this case women and girls from Afghanistan. However, as the joined cases of AH and FN highlight, this is often due to an apprehension amongst asylum decision makers over the grant of protection to large groups of persons based on sex and misconceptions surrounding gender-based violence and discrimination.

The preliminary reference questions

In its first question, the Supreme Administrative Court of Austria asks the CJEU to clarify the interpretation of "acts of persecution" under Article 9(1)(b) of the Qualification Directive (2011/95) in the context of women and girls being subjected to an accumulation of discriminatory acts in Afghanistan. The measures include restricting women and girls' access to education, "gainful employment and healthcare, which limit their participation in public and political life, their freedom of movement and their right to take part in sports, and which require them, moreover, to cover their entire bodies and faces and deprive them of protection against gender-based and domestic violence" (§4).

With its second question, the Austrian Court asks the CJEU whether it is "sufficient, for the granting of asylum status, that a woman is affected by those measures in the country of origin merely on the basis of her gender, or is it necessary to assess a woman's individual situation in order to determine whether she is affected by those measures– to be considered in their entirety – within the meaning of Article 9(1)(b) of Directive 2011/95/EU?".

The Advocate General's Opinion

In his Opinion, Advocate General De La Tour indicates that some of the discriminatory measures against women in Afghanistan "blatantly constitute an act of persecution within the meaning of Article 9(1)(a) of Directive 2011/95" (§38). He points to the examples of forms of persecution listed in Article 9(2) of the Qualification Directive, which clearly encompass the measures currently imposed on women in Afghanistan (§41). Reviewing the CJEU's case-law, he highlights that the meaning of persecution is not limited to violations of absolute rights, although any interference with a qualified right must be "sufficiently serious" and have a "significant effect on the person concerned" (§48). He concludes that it is necessary to evaluate whether the consequences on the individual are as severe as breaches of absolute rights by reason of the measures' cumulative effect (§52). Importantly, the Advocate General re-iterates the CJEU's principle that EU Member States must also examine "the nature and severity of the penalties the person faces when he or she does not comply with the limitations and restrictions imposed" (§53). The Advocate General concludes that the repression Afghan women and girls face for failing to comply with the restrictions imposed by the Taliban may result in "serious and intolerable harm" and therefore amounts to an act of persecution under Article 9(1)(a) Qualification Directive. He further asserts that the discriminatory acts and measures themselves are sufficiently severe both in their intensity and cumulative effect and the consequences they have on women and girls to be comparable to breaches of absolute human rights (§54).

On whether the status of being a woman is sufficient for the grant of asylum, the Advocate General unpacks

the Austrian Court's second question by noting that the Court envisages some women and girls may not be affected by *all* existing discriminatory measures imposed by the Taliban because of their individual circumstances and accordingly, the accumulation of the remaining applicable measures may not be sufficient to amount to persecution under Article 9 Qualification Directive. Moreover, the Attorney General notes that the question is grounded in a concern as to whether the requirements of Article 4(3) Qualification Directive entitle EU Member States to grant international protection to an Afghan woman without "an individual assessment of her situation, given the fact that some women may not reject, or may even approve of, the measures adopted or tolerated by the Taliban, which therefore might not affect the actual situation of those women" (§28). In other words, the measures would not have sufficiently serious consequences for those women and thus would not constitute persecution. The Attorney General concludes that EU Member States' obligations to examine the individual status and personal circumstances of each asylum applicant under Article 4(3)(c) Qualification Directive does not preclude a finding that women are at risk because of their gender/sex without any further distinguishing circumstances or characteristics (§75, 78).

How serious must (gender-based) discrimination be to constitute "persecution"?

The Advocate General's Opinion provides a welcome review of the CJEU's case-law of when discrimination may amount to persecution and a reminder that asylum authorities must also examine harm caused by the consequences of failing to abide by discriminatory restrictions. Importantly, the Advocate General clearly draws the links between breaches of socio-economic rights, which asylum authorities rarely consider acts of persecution, and their serious consequences affecting absolute rights and the right to human dignity. The Advocate General thus explains how lack of access to healthcare, education and work and the absence of legal protection against gender-based and domestic violence exposes Afghan women and girls to violations of the right to life and the prohibition of inhuman and degrading treatment, affecting their physical and mental health, and survival (§55). Overall, the discriminatory measures adopted by the Taliban since August 2021 have the intention and effect of excluding women and girls from society, depriving them of their most basic rights and thereby undermining "full respect for human dignity" (§56-59).

However, it is less clear whether the forthcoming CJEU judgment, if it adopts a similar perspective, will impact the practice of asylum decision makers in granting *refugee* protection to women and girls experiencing serious discrimination in other countries of origin more widely due to the particularly severe and all-encompassing measures adopted by the Taliban in the particular context of Afghanistan. Indeed, Attorney General De La Tour notes that the Taliban regime has been "described as being unlike any other" (§73).

Although the request for a preliminary ruling provides the CJEU with an opportunity to re-iterate an established principle of international refugee law of relevance to groups of persons fleeing persecution, the nature of the Austrian Court's questions reveal asylum decision makers' misconceptions about gender-based violence and discrimination.

Ignoring the continuum of violence

Firstly, it breaks down discriminatory acts and measures as one-off breaches of socio-economic rights unconnected to each other, ignoring the continuum of violence that affect women and girls. One of the few examples of a person who might not be the subject of all discriminatory acts and measures that currently exist in Afghanistan (not many come to mind) is a primary school age girl who may still be entitled and able to attend primary school. However, once she grows up, she will eventually be subjected to the ban on education. Another example is a woman who may not want to participate in political office and political decision-making processes. Nonetheless, the ban on female political engagement has a broader impact on law and policy, which perpetuates the exclusion of women and girls from Afghan society. As the Attorney General says, the Taliban's aim is to design a system of gender segregation and oppression (§56). As can be seen from the nature of the questions to the CJEU, the underlying perspective of the Austrian judicial authorities suggests that, seen in isolation, each measure is a less serious socio-economic right. In fact, the Taliban have created a State whose laws and regulations actively exclude women and girls from most aspects of life in a manner which denies their human dignity contrary to Article 1 EU Charter. Significantly, although AH and FN have go-

ne through a lengthy asylum and appellate procedure, no asylum decision maker considered that some of the discriminatory measures are by themselves sufficiently serious to amount to persecution, as pointed out by the Attorney General himself (§38). For example, restrictions on healthcare in Afghanistan are so severe that they expose women and girls to inhuman or degrading treatment or punishment (§55).

A fake dichotomy

Secondly, the premise of the Austrian Court's second question is based on a misconception that examining risk on return 'merely' on the basis of sex/gender does not constitute an individual assessment of the asylum claim. This creates a fake dichotomy between group-based and individual assessments. It appears that because the distinguishing characteristic is that of sex, the cases have been treated differently. This becomes apparent through a simple comparison with asylum claims based on a well-founded fear of being persecuted for reasons other than (or additional to) sex. For example, courts across Europe have granted refugee protection on the basis of nationality or ethnicity without further examination of the individuals' personal circumstances if country of origin information demonstrates a systematic practice of persecution of all nationals or all members of that ethnicity. For example, Syrian men fleeing forced conscription were granted refugee status in Germany based solely on the establishment of their sex, age and nationality. In the UK, establishing Darfuri ethnicity is sufficient to be granted refugee protection as the Upper Tribunal concluded that all non-Arab Darfuris are at risk of persecution in Darfur and cannot reasonably be expected to relocate elsewhere in Sudan. Several European countries granted international protection to all Syrian men between 18 and 42 years of age, even if some Syrian men did not reject, or even approved of, compulsory military service in al-Assad's Syria.

The idea that there may be a sufficiently high number of Afghan women who do not reject or even approve of being segregated and excluded from civil society and deprived of the right to lead a dignified and decent life in Afghanistan (§56) but who may nonetheless want to gain an immigration advantage by claiming asylum such that their views should firstly be investigated in the asylum procedure draws a distinction with other groups of persons in need of international protection based on inherent characteristics, such as the examples based on nationality or ethnicity given above. The comparison demonstrates the differential treatment afforded to groups of refugees where the group in question is comprised of women. It thereby gives the impression that male draft evaders are more deserving of refugee protection than women denied full respect for human dignity as only the latter group requires additional checks.

Consolidating refugee protection for groups of persons at risk

Despite the inherent misconceptions regarding gender-based violence and discrimination and evident apprehension at the potentially large number of women being declared in need of refugee protection, the request for a preliminary ruling will provide the CJEU with an opportunity to consolidate the protection of groups of persons sharing similar characteristics and fleeing widespread violence. If the CJEU follows the Advocate General's Opinion (§73-74), it will re-assert an important principle of international refugee law that individuals who have a well-founded fear of being persecuted in the context of widespread violence affecting large groups of persons who are similarly-situated do not need to show they have been individually targeted. Establishing the systematic persecution of a group and the individual's membership of the group concerned is sufficient to warrant protection. Although most commentators would agree, it is essential that the CJEU enshrines the position in its case law as recent research demonstrates that EU Member States continue to require that asylum seekers show they have been singled out before being granted refugee protection.

Sarah Tas, Agostina Pirrello

Advancing Accountability

The Case of Alkhatib and Others v. Greece

doi: 10.59704/e2f120678274ff5e

In *Alkhatib and Others v. Greece*, the European Court of Human Rights (ECtHR) has condemned Greece for yet another instance of human rights violations in border management. The case concerned two Greek coast guard officers who shot at a motorboat transporting people near the island of Pserimos. In the course of their patrolling activity, the coastguards discharged seven warning shots and thirteen gunshots targeted at the motorboat's engine, seriously injuring two Syrian nationals. Tragically, one of them (the relative of the Applicants of the case) died after several months in intensive care.

The ECtHR upheld the claims of the Applicants by finding a violation of Article 2 which enshrines the fundamental right to life. On a procedural basis, the Court underscored numerous deficiencies during the investigation of the Greek authorities, which resulted in a significant loss of evidence. Substantively, the Court highlighted the absence of an adequate legislative framework to govern the use of force. It then concluded that the coastguards used excessive force and that they failed to prove that it was absolutely necessary.

By underlining the importance of clear regulations and adequate evidence within border operations, the Court showed avenues to enhance the accountability framework for violations perpetrated at Europe's borders. Its decision contrasts favourably with the approach taken in the EU at large, where both legislators and national and supranational courts generally disregard the opacity in regulations governing border operations and the difficulty of collecting evidence for migrants. In this blog post we highlight how these two conditions create a fertile environment for the perpetuation of an unjust system.

Vague and inadequate legal regulation

In *Alkhatib* the ECtHR emphasized the necessity of clearly defined regulations to curb any arbitrary use of force. In doing so, the Court tackled the problem of abuse of force upstream, evaluating whether adequate regulatory measures were in place to minimize preventable incidents and to not leave police officers "in the dark" (§ 120). Such clear measures were not found in the Greek legislation. The Court examined two legal instruments applicable in the case: (1) the 1992 Rules of Engagement and (2) the regulation on the possession, carrying and use of firearms by personnel of the coast guard corps, approved by the Minister of the Merchant Navy on April 27, 2004 (hereinafter the "2004 Regulation"). The Greek Coast Guard and the Government, however, only referred to the Rules of Engagement.

The Court found these rules inadequate to provide effective safeguards against arbitrariness and abuse of force for three reasons. Firstly, the text was found to be old, spanning over thirty years. Secondly, the legislation invoked by the authorities was comparatively less detailed than the other – disregarded – 2004 Regulation. In particular, the rules of engagement were missing any provision urging the prevention of accidental damage to the lives of third parties and did not set out the conditions for a use of force to be considered "absolutely necessary" in a given situation. The 2004 Regulation, by contrast, regulated the case that led to the death of the relative of the Applicants as it provided that the use of intimidation or shooting at objects was only permitted "provided that all necessary measures have been taken to ensure that no one is injured by a missed shot or by the ricochet of the bullet" (§5). Furthermore, the 2004 Regulation prohibited immobilization or neutralization shots when there was a serious risk of injury to a third party by a missed shot or by a ricochet of the projectile (§8a). However, these provisions were disregarded by the Greek Government and the coastguards in favor of the applicability of the vague rules of engagement. Finally, the Court identified a lack of clarity regarding the manner in which the two pieces of legislation interact with each other, and in particular whether their application was cumulative or whether one had to prevail over the other in case of conflict. These factors raised a situation of uncertainty, which the Court found incompatible with the requirement of a legal framework

containing adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force.

An EU wide problem

As acknowledged by the ECtHR, the need for a clear and detailed legal framework is crucial in the context of border operations. This need for clarity is particularly relevant in the context of EU border management, where the model of integrated administration progressively brought Frontex at the forefront of border management. Scholars have demonstrated that the entrance of the agency in the legal arena created serious gaps of accountability, which has not been satisfactorily addressed by the CJEU. A recent example of this challenge is the dismissal by the General Court of the long-awaited action for Frontex's non-contractual liability (*WS and Others v Frontex*). In addition to the problems of holding Frontex accountable for its wrongdoings, the lack of clarity in the legal framework in which Frontex operates does not only lead to possible instances of abuse of force (like in *Alkhatib*), but also to tragic oversights and blame games between the actors involved in border management.

The consequences of the inadequate regulatory framework became evident in the shipwreck of Cutro. On 26 February 2023, a boat carrying about 200 people sank in Southern Italy and at least 94 people died in one of Italy's worst migrant boat disasters. The rescue operations of the boat should have been conducted by national authorities, and coordinated by Frontex. However, the rules for the surveillance of external sea borders, in the context of the operations coordinated by Frontex, stated that when Frontex's units participating in joint operations encounter uncertainty, alert or distress regarding a vessel or individuals on board, they should promptly transmit "all available information" to the national rescue center (IMRCC) responsible for the search and rescue region (Article 9(2)(a) Regulation (EU) No 656/2014). The reference to "all available information" in the legislation, however, proved to be insufficient in this case. In fact, right after the tragic shipwreck, the Italian Prime Minister Giorgia Meloni stated that the communication from Frontex was not that of an emergency, and that the communication received was about a vessel with some elements (a significant thermal response and a flow of calls with Turkey) but that it did not indicate a vessel in distress.

The observations of the ECtHR in *Alkhatib* about the need for a clear and detailed legal framework in border operations thus resonate also for the action of Frontex, which operates under a legal basis whose vagueness poses significant challenges to accountability and human rights protection.

The problem of scarcity of evidence

The incident of *Alkhatib* was subject to administrative and criminal investigations. The administrative investigation assessed the following evidence: an expert report about the two vehicles and the testimonies of the actors involved in the incident. The investigation concluded in favor of the Greek coastguards and stated that the two crew-members were responsible for both the injuries and damages caused (§31-32). As regards the criminal procedures, even though several interviews were conducted, it was concluded that the circumstances of the injury had not been clearly established, making it therefore hard to determine the responsible author of the conduct (§50).

The Applicants argued that the different investigations did not meet the procedural requirements of Article 2 ECHR (§78) for the following reasons. First, the national authorities investigating the matter (the Kalmynos Maritime Authority) were not independent, as the same entity was involved in the incident. Second, the authorities failed to gather relevant evidence, such as a forensic examination into the injuries suffered by the two Syrian nationals, a detailed examination of the boats, a reconstruction of the incident, and an examination of the firearms. Finally, the Applicants claimed that the expert report was deficient, lacking detailed answers for example as to how the bullets from the motor ended up hitting the individual inside the boat.

Adjusting the burden of proof

The ECtHR reiterated that in order to be considered effective, an investigation must consist of a meticulous, objective, and impartial analysis of all the relevant elements (see also *Armani Da Silva v. the United Kingdom*). The Court noted that a thorough investigation had not been conducted by the Public Prosecutor at the Maritime Court of Piraeus. In fact, the statements from the ten passengers were taken only on the day of the incident and contained stereotyped answers. In addition, the two wounded Syrian nationals had never been interviewed (although one was physically incapable of doing so). Finally, the Court noted that several further steps should

have been taken by the national authorities (e.g., forensic report, ballistic report). These shortcomings led to the loss of evidence and affected the adequacy of the investigation, making it impossible to establish whether or not the use of force was justified in these particular circumstances (§94). The Court observed that due to the loss of evidence, it could not examine all the claims but only the facts that were undisputed or undeniably apparent from the given material. Since the facts were within the exclusive knowledge of the national authorities, the Court applied a partial reversal of the burden of proof and required the Greek Government to prove that there was no unreasonable use of force. It concluded that the Government did not prove that the absolutely necessity of the use of force and, therefore, violated Article 2 ECHR. The ECtHR took into account the significant lacuna of evidence in its assessment, and highlighted an issue that constantly arises in border management cases, and particularly in pushbacks and maritime operations – the lack of *sufficient* evidence.

A question of judicial will

The issue was central in a recent case, *Hamoudi v Frontex* decided by the CJEU on 13 December 2023, concerning a pushback operation in the Aegean sea. In this case, the Applicant submitted a written declaration, a Bellingcat article concerning the events and multiple photographs taken from YouTube videos documenting the pushback. Typically, evidence is very hard to find, since migrants are often deprived of their phones, or not in a physical and mental state to consider gathering evidence. Nonetheless, even when some evidence is available, like in this case, the General Court deemed it manifestly insufficient and did not seek additional proof.

The case illustrates the difficulty individuals face in proving wrongdoing and that even when evidence is available, the CJEU seems reluctant to make do with what it has. In contrast with this, the ECtHR, as demonstrated by this decision, acknowledges the challenges of evidence loss and adopts a more lenient approach in assessing the necessity of force under Article 2 ECHR, fulfilling its role as a guardian of human rights and individuals.

Concluding remarks

Alkhatib is just one of many cases in which the ECtHR condemned Greece for its human rights violations regarding migration management (see, *ex multis*, here, here and here). The recidivism that these cases display shows that even though the ECtHR rules in favor of individuals, its *dictum* does not seem to solve the underlying systemic issues. These issues stem, in part, from vague legislation governing border operations, granting unfettered discretion to Frontex and Member States, as well as from numerous obstacles hindering the efforts to establish the truth, inadequately addressed by both the CJEU and national authorities. Thus, to date, ECtHR's decisions have not prompted the necessary changes. However, despite this long-lasting failure, the discrepancies between ECtHR and CJEU case law provide valuable insights for strategic litigation, mindful of the constitutional bridges embedded in the two regimes.

Silvia Steininger

The CJEU's Feminist Turn?

Gender-based Persecution as a Ground for Protection

doi: 10.59704/fb74a4298ba57dc0

In Case C-621/21, the Grand Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU) held that women in general and women facing domestic violence in their country of origin in particular, qualify as a protected "social group" under EU Directive 2011/95 and thus avail themselves for refugee status or subsidiary protection in the Common European Asylum System.

The decision from 16 January 2024 had been requested by the Sofia Administrative Court in September 2021. It was enthusiastically welcomed by NGOs and the European Parliament, not only as an "important step towards promoting an inclusive and compassionate approach to asylum policy" (MEP Robert Biedroń) but also as a "very important ruling for the protection of women from domestic and sexual violence" (MEP Terry Reindtke). In contrast to the opinion of Advocate General de la Tour, the CJEU relied heavily on international women's rights instruments, such as the CEDAW, the Istanbul Convention, and UNHCR guidelines. This contribution applies the perspective of feminist approaches to international law to critically analyze what this decision means for women and victims of gender-based violence – in- and outside of the European Union.

Is the Common European Asylum System a thoroughly gendered system?

Human mobility is gendered. This also holds true for gender asylum law. Nonetheless, social science research has found that both migration theories and available mobility data have been largely gender-blind or are otherwise disorientating the gendered experiences of the migration process particularly for women and girls – even though a "feminization of migration" even to Europe is underway. In line with Charlesworth, Chinkin, and Wright, a gendered legal system is characterized by an organizational structure, reflecting the male perspective, and a normative structure, which diminishes the experiences of women, particularly by relegating them to the private sphere. I argue that both is the case in the Common European Asylum System.

In 2022, 29% of asylum applications in the EU were lodged by women. According to the European Union Agency for Asylum, one-third of all asylum cases concerned women and girls, who have been statistically a bit more likely to receive a positive decision vis-à-vis male applicants (45% to 36% of all decisions). In the group of applicants from Latin America, women and girls count for half the applications. Those statistics are in stark contrast to the public debate on migration in the EU where refugees and migrants have been depicted as exclusively masculine (an exception being the influx of female refugees from Ukraine since the Russian invasion of 2022). Populist actors have succeeded in pushing a racialized and gendered image of refugees and migrants, with the trope of the unaccompanied, single black man depicted as the inherent security risk of Western society.

European legislation mirrors the dominantly masculine understanding of refugees and migrants. In the Common European Asylum System, gender-related aspects can be found in Directive 2013/32/EU, which provides for gender-sensitive examination procedures, and Directive 2013/33/EU, which lays down standards for the reception of applications, singling out the vulnerability of pregnant women, rape victims, and women who had experienced female genital mutilation. Ultimately, Directive 2011/95/EU includes the most references to questions of gender, in particular in recital 30 which states that:

> "*It is equally necessary to introduce a common concept of the persecution ground 'membership of a particular social group'. For the purposes of defining a particular social group, issues arising from an applicant's gender, including gender identity and sexual orientation, which may be related to certain legal traditions and customs, resulting in for example genital mutilation, forced sterilisation or forced abortion, should be given due consideration in so far as they are related to the applicant's well-*

founded fear of persecution."

The gendered nature of the Common European Asylum system becomes visible here too: gender identity, genital mutilation, and reproductive violence are primarily discussed in relation to their public function, as part of traditions and customs that exist in a community. Case C-621/21 thus breaks with the dominant narrative, asking whether gender-based persecution in the private sphere can give grounds for international protection.

Domestic violence as a ground for protection?

The case underlying the request for a preliminary ruling concerns WS, a female Turkish national and Sunni Muslim of Kurdish ethnicity. Forcibly married at the age of 16, she suffered severe domestic violence by her husband before fleeing the marriage and entering into a religious marriage with a new partner to whom she also bore a child. Only after leaving Turkey in 2018, did she divorce her first husband. She entered Bulgaria legally before moving to Germany where she applied for international protection, citing that her former husband's family might kill her if she returns to Turkey.

Her application was rejected in 2020 by the DAB, Bulgaria's State Agency for Refugees, as the authorities argued, inter alia, that domestic violence is not considered a ground for protection. WS filed a new application based on new evidence in 2021 "claiming a well-founded fear of persecution by non-State actors on account of her membership of a 'particular social group', namely women who are victims of domestic violence and women who are potential victims of 'honor killings' " (para. 25). She cited, inter alia, court cases against her ex-husband, statistics on femicide in Turkey and the Turkish withdrawal from the Istanbul Convention. Yet, the DAB again refused, arguing that the Turkish authorities would be willing to protect her against violence threatened by private actors. In the absence of jurisprudence on the question of whether domestic violence might amount to a ground for protection, the Sofia Administrative Court referred five questions to the Court of Justice on the interpretation of Directive 2011/95.

Case C-621/21: international, liberal, intersectional

The response of the Grand Chamber of the CJEU aligns European asylum law with international standards, provides a liberal understanding of the rights of women, and allows for an intersectional approach concerning the rights of women facing domestic violence and femicide. It is noteworthy in three aspects:

First, the Court interpreted the Directive in light of international law, in particular core women's rights conventions. Recital 17 of the Directive binds Member States to "obligations under international law to which they are a party, including in particular those that prohibit discrimination." While taking into account the 1951 Refugee Convention and the 1967 Protocol was relatively evident as both were explicitly mentioned in the Directive, the Court also included the 1979 CEDAW and the 2011 Istanbul Convention in its interpretation. The EU has not ratified CEDAW, but all member states have, and it thus "complements the legal protection regime applicable to women and girls, including in the context of refugees" (para 45). While Bulgaria has not ratified the Istanbul Convention, the EU has acceded to the Convention in 2023 thus incurring "obligations coming within the scope of Art. 78 (2) TFEU" (para 46). This relatively brisk argumentation to align EU law with international women's rights standards contrasts starkly with the opinion of AG de la Tour. He had rejected both CEDAW and the Istanbul Convention as applicable interpretative standards in favour of an autonomous EU standard.

Secondly, the Court clarified under which conditions women would be eligible for international protection adopting a liberal and intersectional approach. It took two cumulative conditions from Art. 10 (1) (d) of the Directive to account for the definition of a "particular social group." First, a member of a social group must share at least one of three identifying features, namely an innate characteristic, a common background that cannot be changed, or a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it. Secondly, this group must have a distinct identity in its country of origin because it is perceived as being different by the surrounding society. The Court adopts a broad understanding of the two conditions, relying heavily also on UNHCR Guidelines, and held that:

> *"...women, as a whole, may be regarded as belonging to a 'particular social group', within the meaning of Article 10(1)(d) of Directive 2011/95, where it is established that, in their country of origin, they are, on account of*

> *their gender, exposed to physical or mental violence, including sexual violence and domestic violence.*" (para. 57)

Even when such general discrimination against women in the country of origin is not established, women facing domestic violence, refusing forced marriages, or engaging in other practices that are disapproved in their surrounding society (the scope can be local) can also be regarded as a particular group in line with the Directive:

> "*As the Advocate General observed in point 79 of his Opinion, women who refuse forced marriages, where such a practice may be regarded as a social norm within their society, or who transgress such a norm by ending that marriage, may be regarded as belonging to a social group with a distinct identity in their country of origin if, on account of that behaviour, they are stigmatised and exposed to the disapproval of their surrounding society resulting in their social exclusion or acts of violence.*" (para. 58)

Thirdly, the CJEU caught up with the ECtHR on the issue of state authorities' inaction vis-à-vis domestic violence and non-refoulement. Unsurprisingly, and in line with Art 7 of the Directive, "actors of protection", i.e., state authorities, must be willing and able to effectively protect the applicant from serious harm including from private actors (see Opuz v. Turkey). Yet, the Court is explicit in pointing out the applicant need not establish a link between the reasons for persecution and the acts of persecution "if a link can be established between one of those reasons for persecution and the absence of protection against those acts by the actors of protection" (para. 70). Furthermore, serious harm includes gender-based violence, for instance in the form of "honor killing", or threats thereof, committed by private actors as this would amount to execution or torture in line with the ECHR and thus trigger non-refoulment obligations (see N. v. Sweden).

Gender-based violence in- and outside the EU

The decision might be more of a catch-up with human rights standards than a feminist revolution. Yet, it establishes key benchmarks for future applications for international protection, e.g., from structural situations of gender-based discrimination such as Afghanistan, as well as pending applications. On the latter, a case to watch is another preliminary ruling request, K, L v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Persons identifying with the values of the Union, C-646/21). Here the Dutch court of 's-Hertogenbosch asks whether teenage Iraqi girls who lived in the Netherlands for five years and have adopted "Western" norms, values, and actual conduct, also form a "particular social group" within the meaning of Directive 2011/95.

Yet, the case can – and should – be criticized, particularly from a feminist-intersectional perspective. For one, as long as the EU does not provide for the possibility to request international protection at embassies or outside of the borders of the Union (see also the case law on humanitarian visa), women, and in particular those women suffering from gender-based violence, will continue to face unsurmountable hurdles to acquire any protection at all. Those most vulnerable continue to remain excluded from the Common European Asylum System.

Further, the decision's enthusiastic reception in Brussels should not lead us to forget that domestic violence remains rampant within the EU and its effective prosecution remains lagging. There is a data black hole on gender-based violence in the EU, but several country studies suggest that domestic violence and femicides have significantly increased since the pandemic. Against this background, it is particularly deplorable that the EU's proposed new Directive to fight violence against women and gender-based violence had to exclude a harmonized rape legislation after several states, including Germany, raised doubts on the legal competences of the Union in this matter. Gender-based violence does not only affect non-European, racialized, or Muslim women but is experienced by nearly every woman in the EU.

Emil Krude

Abschreckung um jeden Preis?

Wie die britische Safety of Rwanda Bill mit rechtsstaatlichen Grundsätzen bricht

doi: 10.59704/9061baf4d451d651

Zurzeit berät das Oberhaus des britischen Parlaments (House of Lords) die sog. Safety of Rwanda Bill. Zusammen mit dem Illegal Immigration Act soll dieses Gesetz die Abschiebung von Flüchtlingen nach Ruanda ermöglichen, um dort deren Asylverfahren durchzuführen. Während entsprechende Pläne auch in Deutschland Anklang finden, zeigt das Gesetzesvorhaben in bedenkenswerter Deutlichkeit, welche rechtsstaatlichen Konsequenzen mit einem solchen Outsourcing von Asylverfahren verbunden sind. Denn um einen möglichst wirksamen Abschreckungseffekt auf andere Flüchtende zu erzielen, haben die britische Regierung und das Unterhaus des Parlaments (House of Commons) bereits dafür gestimmt, Tatsachen zu erfinden, Grundrechte außer Kraft zu setzen und internationales Recht zu brechen.

Abschreckung durch Outsourcing

Die Begrenzung irregulärer Migration ist in der allgemeinen politischen Grundstimmung zu einem Hauptziel britischer (und deutscher) Regierungspolitik geworden. Dabei ist der Vorschlag, Asylverfahren in Drittstaaten durchzuführen, aus der Einsicht geboren, dass in einem nach rechtsstaatlichen Prinzipien strukturierten Sozialstaat letztlich keine Bedingungen geschaffen werden können, die Menschen dazu bringt, trotz aller Gewalt, Armut und Verzweiflung in ihren Herkunftsländern zu verbleiben oder dorthin zurückzukehren.

Denn bei Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrens- und Grundrechte, eröffnet das Recht auf Asyl (bzw. subsidiären Schutzes) für einen begrenzten Personenkreis eine längerfristige Bleibeperspektive. Daneben besteht eine zumindest vorübergehende Aufenthaltsperspektive für alle nicht Schutzberechtigten während der Zeit ihres behördlichen und gerichtlichen Anerkennungsverfahrens. So betrug in Deutschland im Jahr 2023 die durchschnittliche Verfahrensdauer beim BAMF zwar „nur“ 6,8 Monate, doch brauchten die Verwaltungsgerichten durchschnittlich 17 Monate für eine Entscheidung. Zuletzt ist auch das Risiko einer Abschiebung aufgrund des bestehenden Vollzugsdefizits überschaubar.

Nicht nur in Großbritannien möchte man Asylverfahren daher in Drittstaaten auslagern, um –mit fragwürdiger Erfolgswahrscheinlichkeit – andere Flüchtlinge von einer Einreise abzuschrecken. Dafür muss einerseits das aufnehmende Drittland hinreichend unattraktiv sein. Schließlich dürfte eine Abschiebung in die Schweiz Flüchtlinge kaum von der Überquerung des Mittelmeers (oder des Ärmelkanals) abhalten. Aus rechtlicher Sicht schafft dies die Herausforderung, ein hinreichend instabiles Land zu finden, welches gleichzeitig die Einhaltung asylrechtlicher Minimalstandards garantiert.

Anderseits muss es möglich sein, einreisende Asylbewerber umgehend und ausnahmslos in den Drittstaat abzuschieben. So fordert bspw. Jens Spahn, entsprechende Abschiebungen binnen 48 Stunden vorzunehmen und „acht Wochen lang konsequent durch(zu)ziehen“. Eine Abschiebung innerhalb dieser Zeit kann jedoch – zumindest bei realistischem Ressourceneinsatz – nur erreicht werden, wenn Asylbewerbern jegliche Möglichkeit genommen wird, ihre Abschiebung in das Drittland durch gerichtlichen Rechtsschutz hinauszuzögern.

Mit der Safety of Rwanda Bill sollen diese beiden Herausforderungen bewältigt werden. Dafür wird einerseits – entgegen allen anderen Einschätzungen – Ruanda zu einem sicheren Partnerstaat erklärt, in welchem bedenkenlos Asylverfahren durchgeführt werden können. Andererseits werden Grundrechte außer Kraft gesetzt und internationales Recht gebrochen, um einen möglichst wirksamen Abschreckungseffekt auf Flüchtende zu erzielen.

Die Sicherheit Ruandas und die faktische Kraft des Normativen

Nachdem die britische Regierung zunächst im April 2022 mit Ruanda ein entsprechendes Asylabkommen geschlossen hatte, hat der britische Supreme Court im November 2023 mit der Entscheidung *R (AAA) v Secretary of State for the Home Department* dieses Vorhaben vorläufig gestoppt. Denn in Ruanda drohe Asylbewerbern un-

ter Verletzung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung (principle of non-refoulement) eine Abschiebung in ihr Herkunftsland.

Detailliert zeigte das Gericht dabei die strukturellen Mängel des ruandischen Asylsystem auf. So hat Ruanda im Zeitraum von Januar 2019 bis Juni 2022 nur ca. 152 Asylfälle bearbeitet, die weit überwiegend benachbarte Länder betrafen. Erfahrung mit Fällen aus Ländern, die regelmäßig im Vereinigte Königreich zu bearbeiten sind (Albanien, Iran, Irak, Pakistan, Vietnam), konnten die ruandischen Behörden kaum oder gar nicht vorweisen. Ähnlich problematisch beurteilten die Richterinnen und Richter, dass die ruandische Schutzquote für Asylbewerber aus Afghanistan und Syrien im Zeitraum 2020-2022 bei 0 % lag, während sie für denselben Zeitraum im Vereinigten Königreich zwischen 74 % (Afghanistan) und 98 % (Syrien) betrug.

Konsequenterweise hätte die Regierung also entweder zugeben müssen, dass Ruanda selbst asylrechtlichen Minimalstandards nicht genügt oder die strukturellen faktischen Probleme in Ruanda beheben müssen. Dass dies noch bis zur nächsten Wahl gelingen dürfte, erschien jedoch wenig aussichtsreich. Um dennoch das Abschreckungsziel möglichst rasch zu erreichen und Ruanda als sicheren Drittstaat zu präsentieren, wurde die Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill im Schnellverfahren am 17. Januar 2024 vom House of Commons verabschiedet und dem House of Lords überwiesen. Auf diese Weise soll die Bewertung des Supreme Courts zur menschenrechtlichen Lage in Ruanda mit einer rechtlichen Fiktion umgangen werden.

Demnach bestimmt Clause 2, dass Ruanda unbesehen aller anderen Einschätzungen von jedem behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungsträger als sicheres Drittland behandelt werden muss. Jegliche Einwände eines Asylbewerbers, dass er in Ruanda kein rechtsstaatliches Asylverfahren durchlaufen würde, dass ihm dort Zurückweisung trotz Verfolgung drohe oder dass Ruanda sich nicht an die mit Großbritannien vereinbarten Grundrechtsstandards halte, wären damit in gerichtlichen Verfahren unzulässig.

Ein hinreichendes instabiles Land, das gleichzeitig einen asylverfahrensrechtlichen Minimalstandard bereithält, kann also nur durch eine Fiktion erzeugt werden. Aus institutioneller Sicht ist dabei bezeichnend, dass das House of Commons auf die Einschätzung des Supreme Courts zur Ungeeignetheit Ruandas nicht mit einer Anpassung der Rechtslage reagiert, sondern es dessen faktische Bewertung schlichtweg für irrelevant erklären möchte. Diese Logik birgt die Gefahr, dass das Parlament die Tatsachen für die Gesetzesanwendung selbst bestimmt. Zudem greifen solche absoluten Fiktionen die Rechtsunterworfenen in ihrer Subjektstellung an, indem ihnen jegliche Möglichkeit genommen wird, aufzuzeigen, dass in ihrem Falle die normative Tatsachenhypothese nicht mit der realen Seins-Lage übereinstimmt und sie so zum bloßen Objekt staatlicher Rechtsanwendung werden.

Außerkraftsetzung von Grundrechten

Doch mit der Subjektstellung von Individuen nimmt es die Rwanda Bill nicht so genau. Denn selbst wenn ein geeigneter Drittstaat entgegen aller Bedenken für sicher erklärt worden ist, käme der Abschreckungseffekt zum Erliegen, wenn Asylbewerber ihre Abschiebung unter Berufung auf ihre Grundrechte hinauszögern könnten.

Daher sieht Clause 3 vor, dass das Gesetz unbesehen der Grundrechte des Human Rights Acts 1998 (HRA 1998) Anwendung finden soll. Dabei ist der Human Rights Act das zentrale Grundrechtsdokument im Vereinigten Königreich, welches die Rechte der EMRK in nationales Recht inkorporiert.

Grundsätzlich könnten Asylbewerber, denen bei Verletzung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (Art. 3 EMRK), mit Hilfe von sec. 2 HRA 1998 i.V.m. Art. 13 EMRK innerstaatlichen Rechtschutz verlangen. Ausländern, denen bei der Abschiebung eine Verletzung von Art. 2, 3 EMRK oder Art. 4 Prot. No. 4 droht, muss zudem ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung stehen (vgl. st. Rspr. EGMR *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*). Im Rahmen eines solchen Rechtsschutzverfahrens müssten britische Gerichte die menschenrechtliche Situation in Ruanda bewerten (vgl. zu Brasilien: EGMR, *De Souza Ribeiro v France*). Wenn jedoch Asylbewerber unter Berufung auf ihre Konventionsrechte für die Dauer des Rechtsschutzverfahrens im Inland verbleiben könnten, würde dies die sofortige Abschiebung in ein Drittland erheblich verzögern und somit den Abschreckungseffekt konterkarieren.

Um einen solchen grundrechtlich gestützten Rechtsschutz auszuschließen, gilt nach Clause 3, subs. 5 die Außerkraftsetzung des HRA 1998 für alle behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen, welche die Sicherheit von

Ruanda betreffen. Grundrechte müssen bei der Anordnung der Abschiebung nach Ruanda somit nicht beachtet werden. Gegen den Willen weiter Teile der Conservative Party und auf Drängen Ruandas ermöglicht zwar Clause 4 der Safety of Rwanda Bill unter hohen beweisrechtlichen Hürden, vorzubringen, dass Ruanda in begründeten Einzelfällen nicht sicher sei. Eine Berufung auf strukturelle Verfolgung oder grundsätzliche Defizite im Asylsystem sind jedoch explizit ausgeschlossen. Doch gerade diese hatte der Supreme Court ja angemahnt.

Was für deutsche Verfassungsrechtler wie ein Albtraum klingt, ist im Vereinigten Königreich möglich, da es unter dem Grundsatz der Parlamentssouveränität keine Normenhierarchie gibt. Gemäß dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ist es dem Parlament möglich, lästige Grundrechte schlicht für unanwendbar zu erklären. Eine solche substanzielle Aufweichung des Grundrechtsschutzes ist dabei bereits vom Migrationsrecht in andere Rechtsbereiche übergeschwappt. So sollen nach einem ebenfalls im Parlament befindlichen Gesetzesvorschlag britische Gefangene künftig Entscheidungen ausgesetzt sein, die ohne Rücksicht auf ihre Grundrechte ergehen dürfen.

Bruch mit der EMRK

Zuletzt wird auch der EGMR als letzte Bastion des Grundrechtsschutzes von der Safety of Ruanda Bill ausgeschaltet. Denn dieser könnte über Art. 39 EGMR-VerfO einstweiligen Rechtsschutz gegen die Abschiebung gewähren und für diese Zeit den Aufenthalt von Asylbewerbern im Vereinigten Königreich anordnen.

Daher sieht Clause 5 vor, dass Maßnahmen des EGMR im einstweiligen Rechtsschutz, welche die Abschiebung von Asylbewerbern nach Ruanda betreffen, nur dann Anwendung finden, wenn ein Regierungsmitglied (Minister of the Crown) dies anordnet. Nationale Gerichte, die über Beschwerden von Asylbewerbern entscheiden, dürfen ohne eine solche Anordnung dem Rechtsschutzbefehl des EGMR nicht Folge leisten.

Hintergrund dieser Regelung dürfte die Entscheidung des EGMR vom 14. Juni 2022 in der Sache *K. N. v. United Kingdom* sein. Hierzu hatte der EGMR entschieden, dass ein irakischer Asylbewerber bis zur abschließenden Entscheidung englischer Gerichte nicht nach Ruanda ausgeflogen werden dürfe, da nicht sichergestellt sei, dass er in Ruanda ein rechtsstaatliches Asylverfahren durchlaufen würde.

Die nun beabsichtigte Regelung ist nicht nur aus Gründen der Gewaltenteilung fragwürdig, sondern widerspricht auch den internationalen Verpflichtungen, die das Vereinigte Königreich unter der EMRK hat. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 34 EMRK haben alle Vertragsstaaten Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz nachzukommen (vgl. EGMR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*). Der EGMR dürfte daher in einer Anordnung unter Clause 5, dass dessen Maßnahme im einstweiligen Rechtsschutz zu ignorieren sei, eine Verletzung von Art. 34 EMRK sehen. Das dürfte jedoch von der britischen Regierung eingepreist sein. Denn einerseits dürfte mit einer finalen Entscheidung durch den EGMR aufgrund der langen Verfahrensdauer nicht mehr vor der Wahl in diesem Jahr zu rechnen sein. Erklärt der EGMR die Safety of Rwanda Bill zudem für konventionswidrig könnte dies nur als weiteres Argument verwendet werden, aus der EMRK auszutreten oder den Einfluss des EGMR insgesamt zu beschneiden. Dies wurde bereits mit der (gescheiterten) Bill of Rights Bill (2022) beabsichtigt.

Der Preis der Abschreckung

Die Safety of Rwanda Bill macht also deutlich, welcher menschenrechtliche Preis für eine Abschreckungslösung mittels Drittstaatsabkommen zu zahlen ist. Schließlich funktioniert Abschreckung nur, wenn Bedingungen geschaffen werden, die signifikant unter europäischen rechtstaatlichen Standards liegen. Wirksam kann Abschreckung zudem nur sein, wenn Asylbewerbern praktisch keine Möglichkeit verbleibt, Individualrechtschutz gegen ihre Abschiebung zu erreichen. Zum Schutz rechtsstaatlicher Grundwerte im Vereinigten Königreich bleibt daher zu hoffen, dass das House of Lords dem Gesetzesvorhaben nicht zustimmt. Ebenfalls zu hoffen ist, dass der britische Ansatz, ein geeignetes Drittland zu erfinden und Menschen unter Verzicht auf jeglichen substantiellen Rechtsschutz dorthin abzuschieben, abschreckend auf gleichgesinnte deutsche Pläne wirkt.

Nora Vissers

Unveiling Democracy

Will the Court develop the EU's core value?

doi: 10.59704/4cb51d675f5d3ef1

On 11 January, Advocate General Richard de la Tour delivered his Opinions in two cases, against the Czech Republic and Poland, which cautiously uncover part of the core of the EU value of democracy. The Commission launched these infringement cases against the two Member States back in November 2012 and April 2013 respectively. They were part of the Commission's push to remove obstacles in EU citizens' exercise of their electoral rights guaranteed by the Treaties. The action, against eleven Member States initially, sought to ensure that EU citizens living in another Member State could join or establish a political party. Whereas the Commission found solutions with most of the Member States, as they clarified or adjusted their laws, it continued the procedures against the Czech Republic and Poland. After reasoned opinions issued in 2014, it shelved these cases for a long time, only to restart them in 2021.

Infringement procedures are normally lengthy, but it is rare for them to span over a decade between the initial letter of formal notice and the Court procedure. Perhaps the Commission sees these cases as an opportunity to strengthen the understanding of democracy within the EU legal order. Now that the rule of law is a well-established principle of EU law, these cases present themselves as a chance to focus on a less explored value enshrined in Article 2 TEU. They allow the Court to construct a foundation to address prospective questions regarding democratic principles.

Political parties as fundamental to democratic life

The cases concern the Czech and Polish national legislation on political parties. Both laws still stipulate that only nationals can join a political party. The Commission argues that this violates EU law. Articles 20(2)(b) and 22 TFEU guarantee EU citizens active and passive suffrage in European Parliament and municipal elections "under the same conditions as nationals of that state". Therefore, national legislation limiting political party membership to nationals conflicts with their right to stand for election. The Member States contend that a non-national can still stand as a candidate for these elections, something not impeded by their preclusion from political parties. Moreover, the relevant Directives detailing the arrangements for "mobile" Union citizens to participate in European and municipal elections do not impose obligations to permit political party membership.

In his Opinions, AG de la Tour sides with the Commission's broader reading of Article 22 TFEU, by acknowledging the fundamental role played by political parties in the exercise of political rights. The AG and Commission refer to the Venice Commission and ECHR case law recognising this role of political parties. Key to one's electoral prospects is the possibility of engagement in democratic life in the relevant Member State. Political parties have the resources to promote this engagement. In response to the narrower reading of the EU legislation, AG de la Tour maintains that the Directives do not set out the only conditions to ensure the electoral rights of European citizens. In fact, Article 22 TFEU prohibits "any barrier to the exercise of electoral rights [...] on the basis of nationality".

Linking democracy to citizenship

The Commission limits its argumentation to the citizenship articles found in the TFEU as well as the right to freedom of expression and assembly as guaranteed in Articles 11 and 12 of the Charter. By contrast, AG de la Tour steers this case towards the fundamental value of democracy. His assessment brings to the fore Articles 39 and 40 of the Charter, provisions that enshrine European citizens' right to vote and stand for election. These rights link to the principle of representative democracy, which provides the foundation of the Union's functioning, as stipulated in Article 10 TEU. This principle, in turn, relates to the EU's founding value of democracy stipulated in Article 2 TEU.

Although Krappitz rightly points out that the Opinions fail to comprehensively integrate Article 2 and 10 TEU

(see here), there is some attempt made by AG de la Tour to do so. The Court of Justice, in its judgement on this case, could provide for a more thorough analysis in this regard. However, the link established between citizenship and electoral rights, as well as the link between political parties and electoral rights, are steps to expose a common understanding of democracy.

Adding another stone

The importance of this case might lie beyond simply allowing non-nationals in the Czech Republic and Poland to join political parties. It has been suggested (see for example here, here and here) that the Court could use Article 10 TEU to prevent or tackle violations of democratic principles in Member States. The Court already established that Article 10 TEU gives "concrete form to the value of democracy referred to in Article 2 TEU". Beyond this, the provision seems too vague to be justiciable.

As I have argued previously here, there is limited legal substance when it comes to the value of democracy. If the EU wants to intervene and prevent the erosion of democracy within Member States, there needs to be a more solid understanding of what this value entails. Moreover, addressing questions that touch upon fundamental values in a constitutional context poses a challenge for the EU Court. Cases of a constitutional nature are politically sensitive. Yet, the CJEU has a tactic for dealing with these types of complex cases.

The Court builds up its reasoning in a progressive fashion. This "stone-by-stone". approach allows it to tackle issues of constitutional importance gradually. Instead of drawing unexpected conclusions on a delicate topic, ground-breaking cases are therefore preceded by case law that provide a foundation for the answer. Von Bogdandy and Spieker show here that the Court took this same approach to operationalising a different Article 2 value: the rule of law. The Court incrementally builds up relevant rule of law principles; Koncewicz traces this process here. In this manner, the Court operationalised the EU value, turning it into enforceable principles.

Possible future developments

These cases on political party membership are suitable to contribute to an incremental approach in operationalising democracy. They have a discernible European dimension, but also entail broader national implications. They are not likely to trigger backlash from other Member States, as the vast majority of them allow non-nationals to join political parties. As AG de la Tour shows, the cases allow for making links between legal concepts, which can deepen the value of democracy. These links could be relevant in possible future cases that might not fall within the scope of Article 22 TFEU.

By recognising the work of the Venice Commission and the ECtHR case law, the Opinions further consolidate the connection between the EU's value of democracy and the contributions of these institutions. Although the Strasbourg Court often affords a broad margin of appreciation when it comes to electoral matters, it is vigilant in protecting individual electoral rights. The ECtHR imposes a stringent proportionality test if a signatory state deprives individuals or groups from the right to vote, for instance in cases of citizens under guardianship or convicted prisoners. Moreover, the Venice Commission has long been developing a common core of European democracy. In its Code of Good Practice in Electoral Matters it emphasises fundamental principles of universal, equal, free, secret and direct suffrage.

The link drawn between European citizenship and the exercise of democratic rights can justify the Union's involvement in other aspects of electoral matters. For instance, one can imagine that if there are indications that municipal or European Parliament elections are not free in a certain Member State, this also affects "mobile" European citizens from exercising their democratic rights in that Member State. If the forthcoming judgements follow the AG Opinions, these cases would confirm that the national provisions relevant to municipal and/or European Parliament elections fall within the scrutiny of the Court of Justice.

Another conceivable possibility is that the CJEU could eventually be asked to rule on political party bans. If the CJEU sticks to the reasoning that political parties serve an essential function to guarantee electoral rights, a party ban at the national level would also affect the electoral rights guaranteed by EU law. Political parties often operate at local, regional, national and European levels (as European political parties are typically composed of national parties). Therefore, a party ban would prohibit them from engaging in local and European Parliament elections.

An epen-ended story…

Aside from the cases discussed, where the Member States in question are arguably not undermining the very essence of democracy, the EU is facing a complex challenge with Member States backsliding on the Union's values. Through an incremental approach, the CJEU has developed a way to address violations of the rule of law. However, the line of reasoning used in those cases cannot apply to all aspects of constitutional regression. Therefore, the Court needs to lay new foundations to deal with cases that fall within the scope of democracy. To see how the Court will further develop this EU value, keep an eye out on its judgements in these cases against the Czech Republic and Poland.

John Morijn

Polish Re-Democratisation as "Building Back Better"

doi: 10.59704/4e113865303c0b06

Since the new Polish government took power, it has taken first steps to restore the rule of law. These have been quite different in nature, from the soft appeals to comply with the case law of the CJEU to more uncompromising and confrontational measures, like taking control of the public broadcasting TVP. It is too early to comprehensively understand the overall strategic vision of the Polish government in remedying the situation. However, it is clear that restoring a damaged liberal democracy requires a different mindset than fighting its demise. While the latter aims to strategically delay the anticipated undemocratic endeavours, the former must constructively rebuild. I call this ''Building Back Better", akin to the UN risk-reduction approach employed to avoid future disasters. In the following, I elaborate on the nature of re-democratisation as a new challenge distinctive from confronting backsliding. Moreover, I suggest an approach to Building Back Better in Poland in three steps: sifting (step1), selecting and sequencing (step 2), and swallowing (step 3).

Re-democratisation: the new noble cause

Just a few months ago warriors against Polish rule of law backsliding were united. They called out the national and European legal incompatibilities and devastating societal consequences of the PiS populist playbook. They successfully mobilised cross-border solidarity and European courts. Their noble actions very likely slowed the speed and extent of the damage. But these did not prevent backsliding. The consequences of the PiS-years have been dramatic. The public prosecutor's office was fully politicised, the Constitutional Tribunal and various parts of the Supreme Court were populated by people who according to norms of EU and ECHR law, and according to European apex courts (see also here), are not courts/judges. Public media's independence was killed off. Public resources were consistently misused to intimidate opponents. The Polish President has not stepped up, and still does not act on his sworn duty to uphold the Polish Constitution, which plainly includes compliance with European standards. Illegitimately composed (parts of) the Polish Supreme Court /Constitutional Tribunal continue to issue statements which in turn get overturned in judgments by (another part of the same national) apex court.

One would wish that eggs could be unscrambled. That those who now irregularly occupy positions could simply be removed or demoted with the stroke of a pen, without backlash or new complications causing new work. That winning an election, in short, would come with a time machine and a blank sheet of paper. But the infuriating reality is that entrenchment *has* occurred and often *cannot* be easily undone overnight except through draconian measures that may themselves, according to authoritative Polish human rights actors, be in strong tension with the rule of law that needs saving. The political reality is that *that approach* would effectively write the playbook for day 1 of any future PiS-led government if it were to regain power. More problematically, such actions to roll back backsliding would end up destroying sustainable separation of powers in the future, as any winning political power forming the new legislative and executive would "bring its own judiciary".

If indeed we want to avoid this scenario, as we should, we need to accept that in embarking on our new noble cause, re-democratisation, the consequences of the previous regime cannot be fully eradicated overnight without the real risk of durably damaging something even more profound. We need to accept that anti-backsliding weapons and methods are not necessarily well tailored to approaching the unknown terrain of resuscitating a patient, ensuring she does not only survive but will also be inoculated against a copy-paste bout of future backsliding.

How to do this is an open question. There is no playbook. I would suggest that it would require (1) sifting the countless problems, particularly taking account of Poland's multi-level European embeddedness, (2) selecting and sequencing what problems to attack (3) swallowing

the need of non-action on blatant further problems in a conscious effort to prioritise delayed gratification over instant action.

Step 1: Sifting - mobilising European law and European institutions

Poland's rule of law problems can be put into three buckets.

There are some things that the Government can immediately discontinue. Public resources should no longer be used to sue opponents by way of SLAPP cases. One-sided laws, like the LexTusk, can simply not be applied. Doing nothing is all that is needed. Except, perhaps, drawing attention to the fact that you have stopped suppression (including to make the European Commission conclude that its infringement action can be dropped).

All other issues can be sifted through based on a simple criterium: does this have anything to do with EU(ropean) law? The reason is, as Kim Lane Scheppele has explained, that EU(ropean) law, which has been widely relied upon to slow down and call out backsliding can now also be weaponised to "escape the constitutional prison". It is now a separate, outside source of norms binding on Poland to justify restorative steps. The aforementioned appeal to Polish judges by the Minister of Justice, which respects the separation of powers but shows the way, is an example of it. But it is also conceivable that the Polish government asks EU(ropean) institutions, such as the European Commission or the Venice Commission, for more concrete help. After rightly pointing out all the legal complications following from backsliding, it is now, as Hillion has explained, also *their* responsibility to facilitate Building Back Better in the awareness that the window of opportunity is narrow. One example: the Commission and Court of Justice could fast-track their handling of the infringement action dealing with the Constitutional Tribunal.

This "European bucket" would contain particularly everything related to judicial independence (composition of courts, separation of the function of Justice Minister and prosecutor general, etc., but perhaps also issues like the manning of agencies with an important role in executing EU law, like the Ombudsman Office and Data Protection Agency). After all, countless judgments by European courts deal with this. It is also these problems that threaten sound financial management of EU funds and have therefore led to suspending large sums.

All other challenges, like political positions occupied by PiS politicians, and their veto powers over legislation, are in the "national bucket". These issues need to be solved by the Polish government on its own. This will require strategic preparation and planning depending on political opportunity and brinkmanship.

Step 2: Selecting and sequencing: developing and planning measures to Build Back Better

There will, of course, be a temptation to fix *everything, all at once* in buckets two and three. Yet given the time restraints the key question is: what *subset* of issues should be acted upon, and in what order? And what topics absolutely need fixing with a view to Building Back Better, including with a view to counter-entrenching measures that would safeguard liberal democracy in the future?

In that regard, it is helpful to formulate the end goal we would want to work towards. Here is a first attempt: four years from now Poland should have a National Council of the Judiciary that appoints qualified independent and impartial persons (aka: judges), and that cannot be re-politicised. It should have apex courts that consist of judges, and district and regional courts with presidents that are judges. It should have a Prosecutor-General Office that is separate from the Minister of Justice and guarantees that that will remain the case. It should have guarantees that management of publicly financed media is chosen based on independence rather than party-affiliation. This would also need to be ascertained for leadership of independent bodies such as the Ombudsoffice and the Data Protection Agency.

Of course, this is a hopelessly incomplete list of rule of law issues. But realism should trump purism here. Within one electoral cycle you just cannot undo each backsliding step in the reverse order from which they occurred, like play-acting a film projected in reverse. Moreover, with many parts of the Polish constitutional fabric still captured, particularly the Presidency and the Constitutional Tribunal, time plays a role in different ways. First, legislation can only be adopted after the President is gone in 2025. Second, activities by institutional remnants from backsliding that are still active (such as the captured Constitutional Tribunal and parts of the Supreme Court, which will continue issuing statements) will require per-

manent "managing", meaning time.

Most of this will indeed need to be laid down in legislation and Constitutional changes, which can be pre-prepared and pre-consulted with EU(ropean) partners so that they can be tabled the day *after* a new President takes office. It will all need careful coordination and orchestration. And perhaps strict confidentiality, so as not to radio intentions to anti-democratic forces. But one thing is certain: failing to plan, is planning to fail.

Step 3: Swallowing - the art of self-restraint

Oscar Wilde once wrote: "To do nothing at all is the most difficult in the world, the most difficult and the most intellectual". There are plenty of Polish rule of law problems that are eyesores legally and an affront to a reasonable sense of justice. Yet, many may simply need no legislative or immediate solving for reason that the problems they cause can be mitigated in better ways, because of capacity restraints, or because resistance against any corrective measures would suck away time, energy and political capital better used for Building Back Better within the golden opportunity of this electoral cycle.

One example: thousands of irregularly appointed people now populate Polish lower courts in places where only judges should sit. Rolling back their appointments or promotions, as the judges' umbrella Iustitia has proposed, would be extremely disruptive and time-consuming. In considering whether this disruption would be justified it is important to observe that these individuals are still a minority. So other solutions may work better. Lower court presidents, within their existing discretionary powers, can probably simply isolate these non-judicial individuals in composing chambers while allocating cases, never having them sit without a judge alongside of them. Moreover, on the assumption that national apex courts would soon be fully populated again by judges, what comes out of lower courts could always be double-checked on appeals anyways, so that the right to a fair trial would be guaranteed. Of course, this is hard to stomach. But the prize here is long-term legitimacy and the legal and moral high ground.

There will be many other irregularities and illegalities that will remain deeply annoying yet do not touch the basic, minimal fabric of a Build Back Better-plan. Managing rather than directly confronting them is "the most difficult and the most intellectual". Yet swallowing solutions that are imperfect and incomplete may simply be necessary for re-democratisation efforts.

Re-democratisation as a balancing act between instant and delayed gratification

None of this is easy. Indeed, everything will be infuriatingly hard: the legal aspects, the policy challenges, the politics, the required self-restraint. Executing this will permanently feel like rewarding past criminal behaviour and walking a tightrope between instant and delayed gratification. In the end re-democratisation is about consciously finding a balance between a minimum set of measures that can remedy the biggest problems now, finding a way to deal with, manage and keep in check the imposters that the previous backsliding brought, all while continuously keeping the eyes on the biggest prize: a new and stable Polish liberal democracy inoculated against new takeovers copy-pasted from the past. Rule of law defenders should all refuel, retool, and get ready to help out with this European enterprise.

This is an extended version of a speech given in the European Parliament's Civil Liberties Committee during a rule of law hearing on 15 February 2024.

Jerzy Zajadło, Tomasz Tadeusz Koncewicz

Restoration of the Polish Constitutional Tribunal as Reading the Constitution Forward

doi: 10.59704/c72c01ef8a6adbe8

The question of how to restore the fallen and degenerated body that once was the Polish Constitutional Tribunal is finally to make its way to the Parliament this week. The stakes are clear: If we get lost in legalese and accept half-baked solutions, it will taint all ambitions and legislative projects aimed at restoring the rule of law in Poland. To avoid this mistake, the "fake court" should be "zeroed out" and newly appointed.

Laying the groundwork and "thinking out of the box"

Under normal circumstances, the law is interpreted "here and now" albeit with an eye on the past. However, there are times when one needs to go beyond this pattern and show greater interpretive creativity and conceptual openness in seeking a solution that also looks to the future. In his recently published book *Reading Law Forward*, American historian Peter Charles Hoffer describes the jurisprudence of several American judges who proposed just such a forward-looking model of constitutional interpretation. It may be worthwhile to draw on these experiences in the process of restoring the rule of law in Poland. As we argue for the restoration of the rule of law to stay within the four corners of the Constitution and its values it must take into account the adverse consequences that would persist if the current majority opted for some half measures, fearing (without constitutional justification as we explain below) that going all the way would be unconstitutional.

Freeing oneself from the constraints of the legalistic box is possible only if we have the imagination and willingness to critically reevaluate our existing language. Restoring the rule of law is similar to the actions of a sapper. Sometimes the mere safe and sterile removal of the fuse is not enough to defuse a mine, but sometimes the sapper will have to detonate it. Will detonation in defense of the constitution be an action tainted by illegality? Legalism = the letter of the law can sometimes kill the Constitution, but those who want to restore the rule of law just like sappers, cannot be suicidal just as the Constitution cannot be interpreted as a suicide pact. Some of the measures to restore the rule of law in Poland will be legalistic as compliance with the letter of the law, and some will have to go beyond the letter of the law in order to protect constitutional values and the integrity of the constitutional document humiliated for so long. Not every interpretation that goes beyond the wording of a provision is unlawful for that reason alone. If a literal interpretation leads to results and consequences that are absurd and obviously unjust, we are ready to break such a linguistic interpretation to exclude absurdity or injustice. It is exactly going beyond the traditional conceptual box that can contribute to the intellectual liberation needed to restore the true "practice of legalism".

The discussion about what to do with the "Przyłębska court" proves that schematic thinking is still going strong. While lawyers agree that "the body" in Warsaw is no longer a constitutional court in the sense of the Constitution and rightly ask the question of what to do about it, they momentarily begin to fall into very dangerous legal sophisms. They begin to justify the thesis that we must accept the ... unconstitutional status and we must muddle through and simply wait until the usurpers and collaborators go. And here their irrational attachment to a purely legalistic and deceptively simplistic approach comes to the fore and leads the whole discussion on the restoration of the rule of law astray. However, a lawyer who thinks in terms of the rule of law cannot stop at just a text, a paragraph, but must look at the context and calibrate his restoration methods through the prism of the consequences of actions taken or not taken.

Building a case

Our idea of "zeroing out" whatever is left of the Tribunal is firmly anchored in the Constitution. Indeed, the body

under the political leadership of Ms Przyłębska has already "zeroed out" itself with its composition, its internal organization, its political disposition and, eventually, its sustained anti-constitutional jurisprudence. The Constitution has been torn to shreds and discarded by the very judges who should have been protecting it. We believe that extinguishing the fake court can be done by a solemn parliamentary resolution without the need to amend the Constitution. This is, of course, a very bold thesis, and some argue that such a move lacks a legal basis. But we find support for it in Articles 4, 7, 8 and 10 of the Constitution. Art. 4 declares that "Supreme power in the Republic of Poland shall be vested in the Nation" (para 1) and that "The Nation shall exercise such power directly or through their representatives" (para 2). Art. 7 says that the organs of public authority shall function on the basis of, and within the limits of, the law. Article 8 proclaims that the Constitution is the supreme law (para. 1) and is directly applicable (para. 2). Article 9 mandates that the Republic of Poland abides by international law. And finally, Art. 10 constitutionalizes the separation and balance of powers.

According to traditional thinking, the undefined and autonomous constitutional term "functioning on the basis of, and within the limits of, the law" is understood restrictively as meaning "only within the limits set out by the statutes". To ensure the internal coherence of the constitutional text the correct interpretation, however, should rather read: "... on the basis of, and within the limits of the Constitution as the supreme law of the land and of the law" to which art. 7 refers. Here it is the Constitution that ultimately takes center stage and becomes, and rightfully so, our main point of reference. With the Constitution being the supreme law, the resolution as advocated here, should be passed by citing these articles as its legal basis. Moreover, a preamble should be inserted to explain to the citizens why we are doing what we are doing by way of the resolution in the name of the Constitution, its survival and in the name of the nation (art. 4).

There may be, of course, voices of discontent and counter arguments that one day the future political majority will readily take advantage of such a precedent. We reject this line of thinking. If one day a political force of Kaczyński's evil ilk will be bent on a devastation of the Constitution as it has occurred in recent years, the argument of the precedent set will be only of secondary importance. Such a force hostile to the Constitution will cut wide, far, and deep regardless of whether today we reach a resolution of the *Sejm* as advocated above or rather adopt an incidental amendment to the Constitution. Superchairman Kaczyński and chief unconstitutional arsonist has already announced as much when he said on TV: "We will have recourse to special and extraordinary measures."

Crucially, our choice of the solemn resolution, rather than an episodic amendment of the Constitution, is justified by our rejection of the narrative of those who once kept violating the Constitution at will and who now rather cynically plead for its amendment. We must not let the arsonists dictate our choices, path, and pace. After all, the constitutional devastation between 2015 and 2023 did not occur through the amendment of the Constitution, but through relentless anti-constitutional actions of a factual nature, unconstitutional resolutions of the Parliament and repeated hostile interpretations by the "fake court". Therefore, we argue that with the unamended and always prevailing Constitution of 1997, an *actus contrarius* is required and sufficient – a resolution that restores the state of play in accordance with the Constitution. The adoption of the solemn parliamentary resolution as proposed here does not create a new legal system in Poland, but simply restores what the Constitution mandates, and what we do not have: a constitutional court in line with what the Constitution demands. Therefore, it is not the Constitution that must be changed but rather constitutionality and constitutional practice on the ground must be restored. The elections of 15 November 2023 were won on the promise to restore the Constitution and our representatives should perform this by way of a resolution (Article 4 of the Constitution). Dithering and procrastinating on the part of the Parliament will only prove that we have not learnt much from the debacle of 2015-2023.

Restoration as a constitutional fidelity

Acts of hostile interpretation of the Constitution by the judges that were elected to protect the very Constitution, must be unequivocally named, stigmatized, never rewarded, or swept under the rug. Our response must be decisive and tailored to the gravity of the perversions committed, and always remain faithful to the Constitution. It is the "fidelity to the Constitution" that must be the keyword of today, tomorrow and the day after tomorrow and become the meta signpost for resolving issues "here and now". "Constitutional fidelity" means not what the Constitution does to me, but what I do to myself and around

me to be and remain faithful to it. Such fidelity is an attitude of commitment, dedication, and submission since I as a citizen and a politician submit to the discipline of the constitutional document and pledge to obey and defend it. The restoration of the rule of law must pursue the primary goal of restoring meaning to the key elements of our civic vocabulary that have been stripped of meaning, manipulated in the service of ruthless politics: Constitution – constitutional court – rule of law – integration – respect – authority of the law – dignity and authority of institutions – separation of powers.

Restoration as "Reading the Constitution forward"

There are indeed times when interpretation of the Constitution requires not only prudence but also courage in line with *Nec temere, nec timide* – the motto which the city of Gdańsk has lived by for ages. We agree with A. Sajó that "by getting rid of the shackles of legal formalism we can contribute to the intellectual liberation needed for the return to the much-needed routine of legalism. Imagination is what animates change". In 2015-2023 we have been warned. When misconstrued by narrow and formalistic reading, legalism can indeed become today a recipe for a collective constitutional suicide and bury our constitutional document for good. Are we finally ready to free ourselves from the self-imposed legalistic box and move forward courageously, but not rashly?

Thinking about *where we are*, *where we want to go* and *what we are doing* to constitutionally anchor our proposition, we have paused upon reading the opening sentence of the book *Reading Law Forward*:

> "Classical jurisprudence asks: 'What is the function of law?' How are judges supposed to decide cases? Modern jurisprudence adds: What is the relationship between law and society, and how can law improve that relationship?"

If this is the essence of *reading law forward*, it is highly pertinent for the discussion of the restoration and future of the Polish Constitutional Tribunal. For it is not only about reversing the process of legal delegitimization of this body that it was subjected to 2015-2023. It is also as much about restoring its social legitimacy. The latter aspect probably goes beyond just the turmoil surrounding the Constitutional Tribunal but is just as critical for the successful restoration of the rule of law in Poland. While American judges were concerned with interpreting specific laws on the basis of specific facts, in our case we deal with something far more complex and difficult: "*reading the Constitution and law forward*" in the context of our entire political-legal-socio system which has been damaged in ways that our traditional legalistic box can neither comprehend nor adequately capture and express. Imagination and courage must drive the change now.

Max Steuer

Heyday of Autocratic Legalism in Slovakia

doi: 10.59704/bcfe08d1cfd2cce0

On 8 February 2024, Slovakia's parliament approved an amendment to its criminal code and associated legislation that, if it comes into effect, will significantly reduce the prescription periods for various crimes including rape, the penalties for others, and abolish the Special Prosecutor's Office. Despite a narrative claiming to commit to restorative justice by reducing lengths for prison sentences and implementing a more diverse set of conviction options, the legislative changes perpetuate violence through (autocratic) legalism on the vast majority of the Slovak population, and especially those vulnerable to abuses of power. This assault on the criminal legal system in Slovakia by the ruling illiberal coalition is expected to put the Constitutional Court under pressure.

"Legal interpretation takes place in a field of pain and death" – these are the opening words of one of the few works of the prematurely deceased Yale-based legal thinker, Robert Cover. Cover's work, as the broader scholarship on the interaction between law and violence, has not found much resonance in debates on Slovakia so far. But now, in a way, Cover has come to Bratislava via a major legislative amendment spearheaded by the illiberal coalition headed by PM Robert Fico early on after the 2023 elections, pertaining to the criminal justice system. This post briefly introduces three dimensions where the exertion of violence manifests: that of procedures, of institutions and of persons. It concludes by discussing the increased pressure on the Slovak Constitutional Court as a result of these amendments.

Violence of procedures

Altering segments of the criminal justice system has been a desire of the dominant coalition party, headed by Robert Fico. While not listed in its brief pre-election manifesto, Fico has decried the increased prosecution for crimes of corruption and other offences linked to the workings of oligarchs in the Slovak public sphere, that were one of the few achievements of the otherwise divided and ineffective pandemic-struck government of 2020-2022. While these prosecutions matched public demand, fuelled by the murder of an investigative journalist and his fiancée, they were triggered by the increased independence of the police and the prosecution, and did not shield particular political actors from past wrongdoings.

Fico's government manifesto (pp. 63-66) critiques the status quo of the criminal justice system and announces the intention of a reform "which will match European standards and current trends of crime policy of the most developed countries of the European Union". Yet, amidst concerns for Slovakia's economy and several of its vital sectors, the speed and determination of the coalition towards prioritizing this "reform" has been surprising – at least for those who believed that at least one of the coalition parties, led by a frontrunner candidate in the presidential elections coming up in March 2024, will "temper" Fico's desires to crack down on the system that prosecutes many individuals personally close to him, and investigates his own past actions.

The "reform" was carried through parliament in an accelerated legislative proceeding, which means significantly reduced time for expert intervention, including by specialized government bodies and public powers (such as the Judicial Council or the prosecution service).

With this violence exerted through stifling public (including parliamentary) debate, one could object that Cover is already a frequent visitor of Bratislava, as the overuse of accelerated legislative proceedings is a notorious ill in Slovak politics, even for constitutional amendments. Yet, this was the first time this was done for such a widespread set of changes, especially after a 2022 Constitutional Court decision which declared the unconstitutionality of shutting down parliamentary debate excessively via unjustified accelerated proceedings.

The gravity of this form of violence is well illustrated by the absence of academic debates on the proposed reform. In fact, the most visible push for debate (on the modifications in the prosecution service as part of the amendment package) came from law students, primarily at the Comenius University Law Faculty, the largest

law school in the country. However, in addition to time constraints, the students faced an uphill battle with the Dean of the Law Faculty, who spread a conspiracy about the current special prosecution service containing a "criminal group" but then refused to provide the venue for an expert discussion before the amendments are approved. The Law Faculty Dean was then elected by the Slovak parliament to serve as Head of the State Commission for Elections and Control of Political Party Financing, replacing a respected former Constitutional Court judge in this position. The students organized a debate lasting more than three hours at the Faculty of Arts of Comenius University, in which the Law Faculty Dean himself declined to participate.

Violence of institutions

The government's defence of accelerated proceedings was based on imminent human rights violations of those suffering from the partisan law enforcement. This, if to be taken seriously, amounts to an indictment of independent Slovak courts, the only institutions which may ultimately issue the conviction.

The Ministry of Justice (with a pivotal role in the administration of the justice system in Slovakia) and the Slovak Government Office did not hesitate to do this openly and (semi-)officially, by contracting the production of a 140-page brochure titled "An overview of violations of the principles of the rule of law" that was published and promoted through government channels. The press release speaks of "revealing facts on the hijacking of justice". However, the report is scarce on evidence, and is especially hostile towards scholarly works. Its 166 footnotes include mostly newspaper articles (from recognized as well as tabloid and conspiracy outlets), occasionally with selective references to Slovak Constitutional Court case law or international organizations.

That a publication presented as a source of expert-based evidence for the legislative changes would not pass the formal criteria for a student term paper at university is telling not only about the scholarly competences of the proponents of the changes (as past Slovak governments have failed to justify their decisions as well), but also about lack of care for the content as opposed to the symbolic expressions.

Such expressions perpetuate institutional violence because they show the disregard towards norms and conventions of public conduct. This manifestation of violence is underscored by the reforms of the criminal justice system being most vocally advocated by those MPs and government members (such as former President of the Police Force Tibor Gašpar or the Minister of Defence, Robert Kaliňák) who themselves face corruption charges and would directly benefit from the amendments, instead of less divisive coalition representatives.

Violence of persons (by some persons, for other persons?)

The violence of procedures and institutions alone could generate a long-term collective trauma in Slovak society. It would not be an unprecedented one; in the late-1990s, the amnesties issued by the semi-authoritarian PM Vladimír Mečiar while exercising the functions of the head of state have triggered precisely that, and took almost two decades to (start) overcoming. The present process, already referred to by some commentators as Fico's amnesties, may lead to a similar movement to abolish them despite the procedural differences (legislative change instead of the amnesty by the head of state).

Yet, both these dimensions fade, particularly from a constitutionalist point of view, compared to the individual harm that the amendments may impose on survivors of violent crimes. The reduction of the prescription period for rape and sexual abuse by half (from twenty to ten years) has particularly unearthed the governing parties' attitudes to violence. If such amendments enter into effect, several ongoing prosecutions of sexual crimes will be halted immediately. Speculation remains whether this was a conscious choice or a result of the extremely superficial approach to amendments, whereby last-minute patchwork-type changes kept being introduced during parliamentary deliberations (though not on these particular segments of the proposed legislation). Regardless, the amendments to these provisions, without any systematic commitment to improving the broader investigative and reporting cultures of violent crimes, or of minority protection practice, make a mockery of the government manifesto with its self-proclaimed goal to spearhead a reform approximating the "most developed countries of the European Union".

What next: the acceleration of constitutional time

The approval of the legislative changes by the parliamentary majority has turned the attention to the procedural

specifics of the timing of the legislation. According to the currently dominant narrative, once the lowered prescriptive periods for prosecuting certain crimes enter into effect, even their potential subsequent declaration as unconstitutional by the Slovak Constitutional Court would not enable to continue ongoing proceedings or open new ones using the, for the accused, less advantageous regulation previously in place.

The head of state vouched to do everything in her power to prevent the changes with this presumed consequence from coming into effect. To do so, she may paradoxically, as Slovak constitutional lawyer Procházka pointed out, sign the amendments into law and send them immediately to the Constitutional Court for review. Her other option is to veto the amendments (which she can do in whole or in part, with somewhat divergent implications). The latter choice would reopen the parliamentary debate and in case of parliamentary override of the veto, may leave the Court with literally hours to consider the provisions before they come into effect.

Obviously, substantive review of such a major reform takes time, and would not be feasible to perform within hours or days either way. However, the Slovak Court has the competence to suspend the effectiveness of provisions before substantive review, when there is a risk of them triggering unconstitutional effects. This gives the Court time to review the legislation without it already inflicting potential harm, whilst it is also a form of signaling towards the legislative majority to consider amendments of their own in the meanwhile.

The Court can use this competence even within hours, as its expert staff can already keep amassing data and arguments in the expectation of a likely petition coming in at short notice, to support an informed and authoritative decision making of the judges despite the time pressure. For instance, it would not be convincing to argue that, because the Court's plenum (which decides these types of cases) typically sits on Wednesdays, if a petition arrives only on a Thursday, it cannot be processed before the next Wednesday sitting. There is no hard-coded prohibition of the plenum to deliberate on a different day, if a particularly urgent issue arises.

That a constitutional court in a democracy ought not be put under such partisan-induced time pressure by the coalition's disrespect vis-à-vis reasoned deliberation is undeniable. Still, even if the Slovak Court gets only hours to act, but does not do so, it will bear co-responsibility for the ban on continuation of the proceedings with many accused suspects of criminal acts. This is underlined by the Court's extensive formal powers from a cross-jurisdictional point of view. Against the Court's rapid action speaks its prevailing reluctance to embrace more principled (one could say, Dworkinian) arguments. But with all the violence inflicted upon procedures, institutions and persons by the amendments, such arguments might not be needed in this case, at least for the step of "buying more time" during the suspension of effectiveness stage.

Ultimately, through the violence of procedures, Cover's visit to Košice (the seat of the Constitutional Court) seems inevitable. But if the Court does nothing against this violence of institutions and persons, Cover's extended stay might necessitate inviting Radbruch to be the next visitor. And waiting for the latter to come might take just too long.

This post was prepared during the author's research stay at the Central European University, Department of Legal Studies, supported by the Action Austria-Slovakia scholarship.

Viktor Z. Kazai

Autocratic (Il)legalism

The Hungarian Example

doi: 10.59704/6ee16db4bf46fcb3

It is a common myth that since the Fidesz-KDNP coalition has almost always had a two-thirds parliamentary majority since 2010, the Orbán-government could pass its illiberal legislative reforms in a legally correct manner. In reality, however, many laws that constitute the pillars of Orbán's illiberal regime were enacted in violation of the procedural requirements of the rule of law. The European rule of law mechanisms have detected some of the deficiencies of the regulation and practice of parliamentary law-making but their concerns have remained largely unaddressed by the Hungarian Government. The European Commission's country visit to Hungary (happening between 19 and 23 February) provides an excellent opportunity to remind the EU bodies of their responsibility to enforce all requirements of the rule of law without compromise.

The (mis)conception of autocratic legalism

According to Scheppele autocratic legalism is when "autocrats push their illiberal measures with electoral backing and use constitutional or legal methods to accomplish their aims". It is true that modern autocrats, such as Hungarian PM Viktor Orbán, use legal tools to implement their illiberal political agenda. In other words, they govern by law and not by force.

The problem is that rule by law is very often confused with the fulfillment of the formal requirements of constitutionalism. According to this interpretation democratic constitutionalism is characterized by a strong commitment to substantive values, and since autocrats aim to undermine these values by using seemingly lawful tools, compliance with the formal requirements of law-making is portrayed as a value-neutral (or even valueless) exercise of state authority.

This conceptualization of autocratic legalism is problematic for two reasons. Firstly, it sets the formal and the substantive requirements of constitutionalism against each other even though they are complementary. Secondly, it creates the wrong impression that autocrats respect the formal requirements of constitutionalism when, in actuality, they do not.

Formal and substantive requirements of constitutionalism

Democratic constitutionalism sets not only substantive but also formal and procedural requirements to the production and application of legal norms. At least this how the rule of law principle is interpreted in the European legal space. The Venice Commission's Rule of Law Checklist provides that the process of enacting laws must be "transparent, accountable, inclusive and democratic". Similarly, according to the European Commission's definition: "the rule of law includes, among others, principles such as legality, implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic process for enacting laws…".

Compliance with these formal requirements of law-making is necessary for the enforcement of the substantive values of constitutionalism for at least two reasons. Firstly, substantive values set out in constitutions and supranational legal instruments need to be implemented and can only by limited by law, usually parliamentary law, the validity of which depends on the fulfillment of certain procedural requirements. Even in human rights cases courts regularly scrutinize the validity of laws restricting fundamental rights. If a law regulating a substantive value is not adopted in a legally correct manner, it is invalid and per definition violates the substantive value.

Secondly, substantive and formal requirements of constitutionalism ultimately serve the same aim: the prevention of the arbitrary exercise of state authority. The formal requirements of law-making are not simple technicalities. Many procedural rules prescribing for example the parliament's exclusive legislative competence, preliminary public consultations, impact assessments, the minimum requirements of genuine parliamentary debate, the participatory rights of the opposition, qualified majority requirements and so on are based on constitutional principles, such as the separation of powers, democracy,

and the rule of law. This realization is very important because as Waldron puts it: the principles behind the procedural rules "offer an account of why holding ourselves and others to the requirements of the legislative rulebooks should be regarded as something more than mindless proceduralism".

If we accept that procedural rules are value-based, we can easily understand that the manipulation and the violation of the regulation of parliamentary law-making, which I call procedural irregularities, are (indirect) infringements of the principles of constitutionalism. This is why I define unconstitutional irregularity as "an action committed in the context of the legislative procedure by the competent actors that violates the requirements of parliamentary law-making derived from constitutionalism."

In sum, the formal requirements of constitutionalism should not be treated as having secondary importance, if any. If the formal requirements of law-making had no significance to constitutionalism at all, even legal norms issued by a benevolent liberal dictator could pass the test of constitutionalism which would be absurd. It must be clearly stated that democratic constitutionalism is seriously defective in those countries where either its formal or substantive requirements are disrespected.

Non-compliance with the formal requirements of law-making

Autocrats often manipulate and even infringe the rules of law-making to push their political agenda. Drinóczi and Cormacain observe that "[t]he emergence of populism, illiberalism and democratic decay around the world, has affected the quality of legislation, its democratic, inclusive and transparent nature in the last decade." Similarly, the European Commission repeatedly emphasizes in its rule of law reports that certain procedural defects of parliamentary law-making are common features of the European rule of law crisis, such as the frequent use of accelerated procedures without adequate justification, the rule by emergency ordinances, the exclusion of social partners and the opposition from decision-making, and the lack of adequate preparation of bills.

Of course, compliance with the rules of the legislative process is often sacrificed at the altar of party politics even in reasonably well-functioning constitutional democracies. Take as an example the recent French pension reform which was adopted through an abusive application of the notorious Article 49-3 of the Constitution. This Article forces representatives to choose between outvoting the Government and tacitly approving a controversial bill without a single vote being cast (!). Such and similar procedural irregularities are problematic because they infringe the principles of constitutionalism behind the regulation of law-making.

However, the manipulation and the violation of the rules of parliamentary law-making is worse when applied by authoritarian leaders on a regular basis. These authoritarian practices, as I call them, are patterns of procedural irregularities that aim at or result in the monopolization and the unlimited exercise of power by the ruling political force(s). In other words, autocrats resort to the manipulation and the violation of procedural rules because they are afraid that they would not be able to enact their illiberal measures if they respected the procedural requirements of constitutionalism. The whole point of a "transparent, accountable, inclusive and democratic" legislative process is to limit the arbitrary exercise of legislative power by the ruling party/parties and enable the opposition together with extra-parliamentary stakeholders to have a say in the will-formation of the parliament.

Parliamentary law-making under the Orbán-government

After the entry into office of the Fidesz-KDNP coalition led by PM Orbán in 2010 the quality of parliamentary law-making immediately started to deteriorate. Despite the governing parties' large margin of manoeuvre in the National Assembly due to their two-thirds constitutional majority, the Government was determined to put in place its illiberal legislative measures as quickly as possible without any compromise. This "instrumentalization of parliamentary legislation" manifested itself in an increasing number of serious irregularities of the legislative process and the silencing of the opposition.

This phenomenon caught the attention of the Council of Europe and the European Union as well. The Venice Commission, the European Commission, the European Parliament and the Council repeatedly noted several negative trends, such as the unjustified use of accelerated legislative procedures, the growing number of omnibus laws, the lack of preliminary consultations and impacts assessments, and the absence of meaningful cooperation with the opposition MPs. What is more, these criticisms were voiced with regard to the enactment of laws

that were later recognized as the pillars of PM Orbán's illiberal regime, for example the new Fundamental Law and subsequent constitutional amendments, the acts on the legal status and remuneration of judges, and on the organization and administration of courts, the reforms of the electoral system, several laws targeting religious organizations, NGOs, higher education institutions, and legislative measures weakening the protection of fundamental rights.

Lack of significant progress

Despite these criticisms voiced by the various European actors, the quality of parliamentary law-making has not improved. In their joint contribution to the European Commission's 2024 Rule of Law report Hungarian civil society organizations minutely documented the major defects of the process for preparing and enacting laws in 2023. The transparency and inclusiveness of the legislative process remained a source of concern. Draft laws were frequently not published for public consultation, and even when they were, ministries almost never provided a longer consultation period than the statutory minimum of eight days, irrespective of the length and complexity of the draft law. Legislative proposals obviously prepared by the Government were regularly introduced in the parliament as private members' bills to avoid public consultations altogether. The use of accelerated procedures without adequate justification also continued. The Government kept its excessive emergency regulatory powers, and it used its mandate to issue a large number of emergency decrees in an abusive manner.

These procedural irregularities tainted the adoption of several important legislative measures, including the Twelfth Amendment to the Fundamental Law, the act restricting the powers of the Hungarian Medical Chamber, the act on the transposition of the EU's Whistleblower Directive, the act authorizing the extension of the state of danger, the amendment to the electoral system, and the so-called national Sovereignty Defense Act. Even the Judicial Reform Act (!) that was crucial for the Government to gain access to the frozen EU funds was enacted in a defective legislative process despite the fact that the Council of the EU expressly required meaningful public consultation regarding bills seeking to implement the super milestones, as pointed out in a previous article by Farkas and Kádár.

What can be done?

The most obvious remedy to the procedural irregularities of parliamentary law-making is of course constitutional review. Apex courts in many jurisdictions regularly exercise judicial review of parliamentary law-making. The most prominent examples of such courts with a significant amount of jurisprudence include, among others, Czechia, France, Germany, Hungary, Israel, South Africa, Spain. Even the European Court of Human Rights checks whether the interference with the applicant's right was "prescribed by law" and increasingly often (although not very consistently) whether the quality of national parliamentary law-making was satisfactory. Some of these courts set (relatively) high standards to parliament and even go beyond the text of the constitution, others do not. Unfortunately, apart from a few invalidations, the Hungarian Constitutional Court has proven rather permissive in the enforcement of the constitutional requirements of law-making. So, the systemic defects of the legislative process in Hungary are very unlikely to be remedied by domestic legal forums.

The lack of adequate domestic remedies enhances the role of the EU's rule of law mechanisms in guaranteeing the compliance of parliamentary law-making with the requirements of constitutionalism. The experience of recent years has shown that raising concerns about how laws are being enacted and formulating recommendations are not enough because the Hungarian Government simply disregards the evaluation of the EU bodies. The infringement of the procedural requirements of the rule of law must have actual negative consequences. Two solutions seem to be available to this end. Firstly, the regulation and the practice of parliamentary law-making should be closely monitored in the future and the release of EU funds should be made conditional upon the enactment of the necessary legislative reforms in a transparent, accountable, democratic and pluralistic legislative procedure. Secondly, as Petra Bárd and I argued in a previous article, the Commission should initiate infringement proceedings against Member States for the violation of the procedural requirements of the rule of law when they implement EU law.

Sergei Golubok

A Shortcut at the Expense of Justice

On the Judgment of the International Court of Justice in Ukraine v. Russia

doi: 10.59704/99150fc5a500bd3e

On 31 January 2024, the International Court of Justice ("the Court") rendered its judgment on the merits of a case initiated by Ukraine against the Russian Federation in 2017 ("the Judgment"). Ukraine alleged numerous violations by Russia of two treaties: the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism ("Suppression of the Financing of Terrorism Convention"), and the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ("Elimination of Racial Discrimination Convention").

For the first time, the principal judicial organ of the United Nations ruled on the merits of an inter-state dispute concerning the interpretation and application of each of the aforementioned treaties. At the same time, the Court for the first time established international responsibility of the Russian Federation. The facts-intensive dispute was of cardinal importance to both parties embroiled in a bloody international armed conflict, currently under investigation by the prosecutor of the International Criminal Court. Following the Judgment, both governments claimed victory, making it challenging for an impartial disengaged observer to make sense of what the Court had actually decided. This blog post provides a brief overview of the decision and argues that the Court sidestepped the task of reconstructing what has happened in reality via judicial fact-finding. This approach comes at the expense of several legal errors.

Of money and weapons

Ukraine's case under the Suppression of the Financing of Terrorism Convention centered on the Kremlin's support to the self-proclaimed Donetsk and Luhansk "people's republics". Two findings made by the Court while interpreting this treaty severely undermined Ukraine's case. Firstly, the Court interpreted the term "funds" used in the 1999 convention as referring "to resources provided or collected for their monetary and financial value", excluding "the means used to commit acts of terrorism, including weapons or training camps" (para. 53 of the Judgment). Secondly, the Court reiterated that a State's financing of acts of terrorism falls outside the scope of the Suppression of the Financing of Terrorism Convention. Consequently, "the Russian Federation's alleged policy of financing armed groups in eastern Ukraine" should not be scrutinized by the Court (para. 142 of the Judgment).

The Court's narrow definition of "funds" effectively cut out the bulk of Ukraine's case under the Suppression of the Financing of Terrorism Convention which had been built around the facts of the various Russian entities providing the "people's republics" with weapons, such as a mobile surface-to-air missile *Buk* system. That system was used, as confirmed by a Dutch criminal judgment, to down a civilian aircraft on 17 July 2014, resulting in the tragic loss of 298 innocent lives. The definition of "funds" proposed by the Court allowed it to leave a significant amount of evidence submitted by the parties without examination and assessment. This definition is flawed to the extent of making the regime established by the Suppression of the Financing of Terrorism Convention meaningless as a whole, as eloquently explained by Judge Dalveer Bhandari in his separate opinion. To borrow his example, gasoline is a traded commodity and, therefore, a resource provided or collected for its financial value, hence "funds" under the Court's definition. Simultaneously, it is capable of being used by terrorists to power their automotive vehicles, thus falling under the category of "means used to commit acts of terrorism" outside "funds" in the Court's understanding. The distinction put forward by the Court is not only unworkable but also leads to an unreasonable outcome of treaty interpretation: while it is prohibited by international law to send money to terrorists, it is perfectly allowed to give them bullets which may be purchased for money. Using customary rules of treaty interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Court first discounted "the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty", second, disregarded the "special meaning" of "funds" as "assets of every kind" established in Article 1

of the Suppression of the Financing of Terrorism Convention, and, finally, used supplementary means of interpretation, such as *travaux préparatoires*, leading it to the manifestly absurd result.

The solution employed by the Court bears resemblance to its recent stance in *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*. Disposing of that case, the Court concluded that, under customary international law, a State's entitlement to continental shelf cannot extend beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of territorial sea is measured. This legal conclusion was apparently erroneous, for the reasons masterfully put together by Judge Hilary Charlesworth in her dissenting opinion. However, it allowed the Court to sidestep the more complex, fact-specific, and intensely litigated issue of delimiting that continental shelf.

As a court of first instance, the Court is capable of acting as a fact-finder (see, for example, articles 50-51 of the Statute). However, it repeatedly prefers to rely on seemingly dubious legal technicalities in order to avoid fact-intensive discussions of the issues hotly contested between the parties of the dispute.

In the context of the ongoing international armed conflict between Russia and Ukraine since 2014 the approach taken by the Court in the Judgment also means that there is still no independent judicial narrative of the events which have been interpreted and presented in starkly different ways by the aggressor and its victim.

The Court found a violation of Russia's procedural obligation under Article 9 of the Suppression of the Financing of Terrorism Convention to investigate alleged terrorism financing offences following Ukraine's calls contained in three diplomatic notes sent to Russia in 2014-2015 (paras. 102-111 of the Judgment). This violation has been perceived so insignificant by the Court itself that it failed to attach any remedy to it other than a general reminder that Russia "continues to be required… to undertake investigations" (para. 149 of the Judgment). Yet, these investigations are not only improbable but also most likely unfeasible now, ten years after the events in question.

One basis of discrimination does not exclude the other

The second part of Ukraine's case was built upon the Elimination of Racial Discrimination Convention and concerned the situation of two ethnic minorities – Ukrainians and Crimean Tatars – in Crimea after its occupation and annexation by Russia in 2014.

Upon examining Ukraine's allegations under this legal heading, the Court found that "the political identity or the political position of a person or a group is not a relevant factor" for the purposes of interpreting the term "racial discrimination" defined in Article 1 of the Elimination of Racial Discrimination Convention (paras. 200, 214 of the Judgment). Using this approach, the Court was quick to establish that Russia's measures complained of by Ukraine targeted political opponents of Russia in Crimea rather than representatives of the two ethnic minority groups. The only violation of the Elimination of Racial Discrimination Convention found related to the complaint about Ukrainian-language education in Crimean schools. That finding also did not trigger any specific remedy (paras. 373-374 of the Judgment).

In reaching its conclusion the Court chose to disregard that, using the words of Judge Hilary Charlesworth, "a finding that differential treatment is based on political grounds does not preclude it being also based on prohibited grounds, such as ethnic origin" (para. 32 of her separate opinion). When dismissing Ukraine's claim about Russia's ban on the *Mejlis*, the representative body of the Crimean Tatars, the Court failed to bring into picture the historical persecution of the Crimean Tatars as an ethnos during the years of Stalin's tyranny and the role of the *Mejlis* in advancing and protecting the rights of the Crimean Tatars, as alluded to by late Judge James Crawford in his declaration to the Court's order on the indication of provisional measures of 19 April 2017. The Court hollowed out the essence of Ukraine's case, broke it into little bits, and then quickly dismissed them one by one.

Not the time for hiding

The Court additionally found that Russia failed to implement the provisional measures ordered by the Court. It however again chose not to award any specific remedies. Its finding, therefore, will have no impact on the ground. The harsh realities of the conflict and, most importantly, the human suffering on the territories of Ukraine occupied by Russia seem far removed from the grandeur of the Peace Palace.

With more than a quarter of its Members (four out of fifteen) renewed in February 2024, and a new President and Vice-President duly elected, the Court now faces a very heavy docket. It is incumbent upon the Court to de-

monstrate its relevance and saliency in the months and years ahead, showcasing its ability to interpret and apply international law not only faithfully but also innovatively and proactively, without fear and favour. It is for the Court to show value for money through the elaboration of legal concepts and factual narratives capable of contributing to the contemporary marketplace of ideas, not to hide beyond formalistic shortcuts.

Gleb Bogush

The Triumph of Evil

doi: 10.59704/95b78715df27076e

Putin's regime finally murdered Alexei Navalny, a Russian patriot and freedom fighter. Regardless of how the events on 16 February unfolded, his death is a direct result of the actions of Russian state agents who had long been working towards his death.

Navalny was 47 years old. He survived an assassination attempt involving a Novichok nerve agent in August 2020 thanks to Russian and German doctors, as well as extraordinary efforts of Angela Merkel's government. Since his return to Russia in January 2021, he has been illegally imprisoned, subjected to multiple kafkaesque trials, and ultimately sent to one of the worst penal colonies. During his two years in prison, he was put in solitary confinement 27 times, spending over 300 days in these horrific conditions. Despite credible concerns over his health, he was denied proper treatment.

There were many signs on the way to this end. In October, three of Navalny's lawyers were arrested and charged with "extremism"; the rest of his legal team was forced into exile. Shortly before his death, Navalny was transferred to a remote penal colony with the harshest regime possible, which ultimately became the site of his murder. Navalny was ex-communicated during his ten-day transfer, raising concerns about his life. The penal colony in Kharp, Yamal, selected by the authorities, was extremely remote and inaccessible.

Navalny's death opens a new dark chapter in Russia's history. For many, it is the end of all remaining hopes for a better Russia. Navalny was a towering figure in the country's political opposition to Putin. His courage and determination inspired many people in a seemingly hopeless struggle against the dictator.

Navalny liked to quote a well-known phrase of unknown authorship: "The only thing necessary for the triumph of evil is for good men to do nothing." The quote was included in his specially recorded video message, his "political will". In his interview with renowned Russian writer Boris Akunin, Navalny elaborated on this phrase, stating: "The hypocrisy of neutrality, 'apoliticism', and self-removal, masking laziness, cowardice, and meanness, is the main reason why a bunch of well-organized villains have been able to oppress millions throughout human history."

Indeed, Alexei's tragedy and Russia's tragedy stem from the inaction or insufficient action of many good people in the face of evil. A large part of Russian society is indeed apathetic and submissive. Despite many brave people among us, very few possess the determination that Alexei demonstrated. Ultimately, it is up for Russians to "fix their own country" and change it for the better. There are, however, many "good people" in state offices worldwide and within international organizations, who, unlike "ordinary Russians," had access to specific political, economic, and, *legal* mechanisms to do something. Yet, despite their moral or even legal obligations, they did not act. They too bear responsibility for allowing this tragedy to happen.

It should be remembered that Navalny's death was a direct consequence of a series of actions of the Russian state, each of which was a violation of international law. The European Court of Human Rights has repeatedly found violations of Navalny's rights under the European Convention of Human Rights by the Russian state. Critically, the Court found that Navalny's criminal convictions, which ultimately led to his imprisonment upon his return to Russia (the so-called Yves Rocher case), were not based on law and constituted a denial of fair trial. Moreover, the Court found a rare violation of Article 18 of the Convention, concluding that the criminal case against Navalny was "pursued . . . to suppress political pluralism."

In 2019, when the decision was rendered, Russia was a member of the Council of Europe and a contracting party to the ECHR. Russian judicial authorities ignored Strasbourg's critical findings by refusing to quash the conviction. In January 2021, Russia also refused to implement the interim measures by the Court and ignored "grave concerns" expressed by the Committee of Ministers.

Despite Russia's non-compliance and ongoing aggression against Ukraine, the Council of Europe as a whole preferred to continue "dialogue" with Putin. This imaginary "dialogue" with the Russian authorities contributed to the slow killing of Navalny. In 2023, the Court found that Russia violated Article 2 of the Convention by failing to investigate his poisoning. By this time, this judgment had merely symbolic meaning.

Navalny's arbitrary convictions effectively barred him in 2018 from participation in what is called the presidential election. Putin's current authority, which still rests on the "presidency", is based on those "elections". Navalny was poisoned shortly after the sham plebiscite on the constitutional amendments, which allowed Putin to remain formally in office until 2036. Against the backdrop of the upcoming "elections", it appears that the international community, including many EU member states, is preparing to acknowledge another "extraordinary victory" for an individual suspected by the ICC of committing war crimes.

Following the tragic news on Friday, state leaders issued numerous intense and emotional statements. Many of them correctly attributed responsibility to the Putin regime (although depersonalizing it as "Russia") and warned of the grave consequences that await. The statements, however, should be accompanied by direct political, economic, and *legal* actions confronting the Putin regime.

Firstly, all possible measures, including extra diplomatic efforts, must be taken to prevent a similar fate for other political prisoners currently in dire health situations. Navalny's fate also serves as a lesson for states handling asylum claims of citizens of Russia and Belarus. It is astonishing to witness European politicians who simultaneously condemn the repressions in Russia and support blanket visa bans and other discriminatory measures against Russian citizens. The harsh reality right now is that a growing number of individuals, including not only political activists but also LGBTQ people, journalists, and lawyers, may face grave danger in Putin's Russia. They should receive international protection and support.

Secondly, Navalny fell victim to an inhuman system involving multiple state organs, including the courts and prison administration. This system should be unmasked and named for what it really is. It is inexplicable that states, including contracting parties to the ECHR and even EU members, persist in providing routine legal assistance to the Russian Federation and extraditing individuals to Russia, thereby legitimizing and normalizing Russia's inhumane and lawless practices. The Russian regime also continues to use Interpol, an international police organization, to intimidate its political opponents. The abuse of Interpol by Russia is well documented and continues to this day. The malicious use of international legal mechanisms poses a real danger to numerous individuals who fled Russia due to looming repressions. Such cooperation with Russia must be halted until Russia complies with international law.

Thirdly, as far as Russia's state responsibility is concerned, all legal avenues should be considered to hold the Russian state internationally responsible for this murder and other violations, including publicizing its transgressions to the world audience. States have limited jurisdictional options to initiate proceedings against Russia. However, one such option relevant to Navalny's case is the compromissory clause in Article 30 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984). Under certain conditions, states parties to the Convention may resort to the International Court of Justice to resolve disputes concerning the interpretation or application of this Convention, as was recently demonstrated by The Netherlands and Canada.

Finally, under international criminal law, Putin's killing of Navalny can be characterized as murder, torture, and persecution, constituting crimes against humanity. The actions leading to his death were part of a widespread and systematic state-sponsored attack directed against a civilian population with knowledge of the attack. Although there is currently no international criminal tribunal to deal with the crimes committed by the Putin regime within Russian territory, states may investigate and, under certain conditions, prosecute crimes against humanity under the principle of universal jurisdiction. All efforts to establish individual criminal responsibility for crimes against humanity would be of paramount importance, both legally and politically.

Putin's belief in his absolute impunity, reinforced by appeasement, was a decisive factor that facilitated Alexei Navalny's murder. However, what happened to Navalny must not happen to Vladimir Kara-Murza, Aleksei Gorinov, Ilya Yashin, and many others. Putin jailed all those people for their anti-war statements and expressions of

sympathy towards Ukraine and Ukrainians. In the case of Gorinov, Russian authorities openly disregarded the decision of the UN working group on arbitrary detention, the authority of which was recognized by Russia's Constitutional Court.

Amid the expressions of sympathy for Navalny, Ukrainian voices are scare. Undoubtedly, many of Navalny's prior statements are still deeply upsetting for Ukrainians. However, it is worth to remember that Navalny never "supported" the invasion of Ukraine, including Crimea, and openly denounced its international illegality. In 2022, while imprisoned, he unequivocally condemned the full-scale war. Putin's war on Ukraine was prepared by cementing the dictatorship, destroying the weak Russian democracy, eliminating the political opposition and anti-war resistance, and even murdering bright politicians such as Boris Nemtsov, and now Alexei Navalny.

Navalny's death is a huge loss for all Russians who believe in a free and peaceful future for their country, but also for Europe and the world. May his soul rest in peace.

Isabelle Hassfurther

Accountability for the Crime of Aggression against Ukraine

An Immediate Call to Reform the ICC's Jurisdiction

doi: 10.59704/37a28b8697eff8f0

Two years have passed since Russia launched its full-scale invasion of Ukraine – an act of aggression which 141 states of the UN General Assembly (UNGA) condemned as such shortly after. Ever since, calls for accountability of those responsible for this aggression have not stopped. Rightly so, as the crime of aggression is, by definition, a leadership crime that captures the essence of the injustice of a war that has brought unimaginable suffering to the people of Ukraine. The question of how to prosecute the crime of aggression is the subject of an ongoing discussion, with a focus on the establishment of a Special Tribunal for Ukraine during the first year after the invasion.

In the last year, the voices calling for a simultaneous reform of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) concerning the crime of aggression have grown louder. Indeed, as this blog will highlight in the following, such a reform is necessary and long overdue. The current jurisdictional regime leaves accountability gaps, which have become painfully visible in the past two years. A review of this jurisdictional regime introduced by the so-called Kampala Amendments is scheduled for seven years after its activation in 2018 (Resolution RC/Res.6(4)) and is thus going to take place in 2025. Plausible suggestions for the reform are already out there – it ultimately "all depends on the political will" of the 124 ICC state parties. Germany and other European states, as well as Costa Rica and Vanuatu have already voiced their support for an amendment. Advocating for reform during this review would not only be in the interest of holding the perpetrators of the crime of aggression against Ukraine accountable but could also significantly contribute to overcoming double standards in the international justice system and protect states better against aggression by others. What is now called for is an alliance between states from the Global South and Global North, which support the indiscriminate prosecution of the crime of aggression to take concerted steps towards amending the ICC's jurisdiction. Germany should live up to its announcements to support this reform process, and it should do so now.

The urgent need for reform of the Rome Statute's jurisdictional regime

In 2010, the Kampala Amendments to the ICC's Rome Statute introduced a definition of the crime of aggression in Art. 8*bis*(1) as "planning, preparation, initiation or execution by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a state, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations." At the same time, an agreement on the ICC's jurisdiction over the crime was codified in Art. 15 *bis*. Both Articles were activated in 2018. The Kampala Amendments were commended as a huge success after decades of ferocious negotiations of proponents on the need to enforce accountability for the gravest breaches of the prohibition of the use of force as a *ius cogens* norm.

It was clear from the outset, however, that this political compromise came with a price: besides the high material threshold of a manifest violation of Art. 2(4) UN Charter, it particularly affected the jurisdictional regime, which has been the subject of much critique subsequently (Claus Kreß/Stephan Hobe/Angelika Nußberger, Jennifer Trahan and Astrid Reisinger Coracini, to name a few). Art. 15 *bis* of the Rome Statute deviates from the usual jurisdiction codified in Art. 12 Rome Statute concerning state referrals or *proprio motu* investigations (in detail Carrie McDougall, pp. 258-352). While it is usually sufficient that either the state whose nationals committed the crime or the state on whose territory it was committed is a state party or accepts the ICC's jurisdiction ad hoc, Art. 15 *bis* establishes a higher threshold in two respects:

- 15 *bis*(4) foresees an opt-out-clause for state parties. The Article's precise content remains disputed, but according to the majority interpretation,

if the aggressor state has not previously opted out, ratification of the Kampala Amendments by either aggressor or victim state suffices. As an alternative, narrower interpretation, a few states have advocated that both aggressor and victim state must have ratified the amendments for them to apply – a reading which was also negotiated into the 2017 activating resolution, ICC-ASP/16/Res.5. This understanding has been disputed by many states afterwards, and it thus remains questionable if it amounts to a subsequent agreement in the sense of Art. 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, departing from the wording of Art. 15 *bis*(4) (see Jennifer Trahan and Global Institute for the Prevention of Aggression (GIPA)). So far, 45 states have ratified the Kampala amendments, including Germany, but excluding France and the UK – two of the proponents of the narrow reading.

- According to Art. 15 *bis*(5), the ICC's jurisdiction does not cover crimes of aggression committed by nationals or on the territory of non-member states unless the UN Security Council (UNSC) refers the case to the court (Art. 15ter, Art. 13(b) Rome Statute). Hence, this exception creates accountability gaps in cases of deadlock at the UNSC.

These lacunae in jurisdiction are owing to the opposition of some powerful states to the alignment during the Kampala negotiations – including France, the UK and the US, which, as permanent members of the UNSC, ensured their veto power against the prosecution of non-state party nationals. By contrast, particularly the 33 African Rome Statute member states were very outspoken about their position that "the crime of aggression ought to be treated in the same way as all the other crimes". Similarly, most South American states and many European states supported the court's competence for all core crimes. The Non-Aligned Movement also pointed out that the ICC should be able to exercise its jurisdiction independent of the UNSC. The fact that the Kampala Amendments have only been ratified by 45 states – excluding most African state parties – has been partly attributed to the frustration with the restrictive jurisdictional regime as it stands, which cannot deter non-member states.

The consequences of these shortcomings in the case of Ukraine are widely known: While Ukraine has not ratified the Rome Statute despite repeated calls by Ukrainian civil society, it has issued ad hoc acceptances of the ICC's jurisdiction. Nonetheless, the court remains incompetent to prosecute the crime. While Ukraine and other states that recognize universal jurisdiction over the crime of aggression have opened investigations into Russia's aggressive warfare (besides Ukraine, e.g. also Lithuania and Poland), they cannot prosecute the troika – the Head of State, Head of Government or Foreign Minister, who enjoy absolute personal immunity before domestic courts. This leaves a glaring accountability gap, considering that the crime of aggression not only violates the prohibition of the use of force – and thus state sovereignty – but leads to grave violations of the human rights of civilians and combatants alike, which war crimes and crimes against humanity can only partially cover.

Accordingly, the establishment of a Special Tribunal for Ukraine has been at the center of international attention. An International Center for the Prosecution of the Crime of Aggression has been set up to gather evidence in the meantime. However, this approach has been criticized because it only covers this exclusive case and, therefore, potentially adds to already existing double standards in the prosecution of international crimes (see already Andreas Schüller). Besides this signal of "selective justice" (see the UN Commission of Inquiry on Ukraine, para 940), concern has been voiced that this further fragmentation of international criminal justice institutions could be weakening the ICC as the international criminal tribunal with universal aspirations.

The necessary steps towards reform

It is against this background that the idea to take a two-pronged approach, supporting a reform of the Rome Statute as a mid- or long-term goal in addition to the establishment of a Special Tribunal, has gained traction. Already during the Assembly of State Parties (ASP) in 2022, Prosecutor Karim Khan called for addressing the accountability gap. Similarly, numerous international legal scholars (e.g. the Nuremberg Academy, Jennifer Trahan, Claus Kreß/Stephan Hobe/Angelika Nußberger), parliamentarians, and civil society organizations are committed to using the international momentum.

Various suggestions for what the reform could look like have been made. In summary, a light version proposed is to enable the UNGA to make referrals to the ICC based on the Uniting for Peace resolution (see Shane Darcey). However, the viability of this approach has been questio-

ned since the UNGA is not competent to take coercive or enforcement actions – not even under Uniting for Peace (see Carrie McDougall). The preferable solution would be a comprehensible alignment of the jurisdictional framework with the other three core crimes, rendering the court competent through ratification or ad hoc acceptance by either the state of nationality of the perpetrators or the state on whose territory the crime of aggression was committed. The Global Institute for the Prevention of Aggression (GIPA), a group of around 50 experts on international criminal law and the crime of aggression with Benjamin Ferencz as former president, has prepared a comprehensive proposal of amendments to achieve this harmonization and an accompanying explanation which could be taken as a basis for discussion of member states.

Admittedly, a certain degree of uncertainty remains concerning the proceedings for such a reform. The necessary first step would be the adoption of an amendment, which under Art. 121(3) Rome Statute requires a 2/3 majority (currently 83 states). What warrants further assessment is the second step since Art. 121(4) and (5) foresee two different regimes for the entry into force of such an amendment. Which one of the two – if any – is applicable to amending the Kampala Amendment, is disputed:

- Some argue that it would enter into force for all state parties one year after ratification by 7/8 of them according to Art. 121(4) (e.g. Kai Ambos and Carrie McDougall, p. 213). This would call for support by 109 states.
- It has also been proposed that amending an amendment constitutes a case not covered by the Rome Statute, thus implying that the quorum of Art. 121(4) is to be determined vis-à-vis the states which have ratified the Kampala Amendment. The modifications would hence enter into force for all of these ratifying parties once 7/8 of the 45 states have agreed to them (see Fiona Abken/Paulina Rob).
- Others argue that the same special procedure, as applied to the Kampala Amendments themselves, should apply based on Art. 121(5) S. 1 in conjunction with the *sui generis* regime of Art. 15*bis*. The amendment would thereby enter into force for individual states accepting it one year after ratification (see the GIPA Proposal and Fiona Abken/Paulina Rob).
- It has also been proposed for states to agree to an alternative procedure (GIPA Proposal), such as to have amendments enter into force amongst the states which have ratified the Kampala Amendments immediately after adoption (see the Proposal by Parliamentarians for Global Justice).

As illustrated, despite the open questions around the specific procedure, an amendment towards harmonization of jurisdiction is, in fact, legally possible – it is now solely a question of political will. In fact, a timely opportunity to tackle the lacunae is coming up. The review of the Kampala Amendments is scheduled to take place in 2025. A range of European states, as well as individual Latin American and African states, have already announced their support for reform on the occasion of the 25th anniversary of the Rome Statute in July 2023.

Germany's potential role in the process

One of the outspoken proponents of the harmonization of the ICC's jurisdiction is Germany. This does not come as a surprise since Germany was one of the states originally supporting ICC jurisdiction for all core crimes and the sixth member state to ratify the amendment in 2013. In her speech at the Hague Academy of International Law in January 2023, Foreign Minister Annalena Baerbock supported the idea that, besides the establishment of a hybrid Special Tribunal for Ukraine, international criminal justice should be sustainably strengthened by aligning the jurisdiction of the ICC for the crime of aggression. On the German role in the process, she added: "I believe it befits a country such as ours, with our history, to drive this debate forward now." Since then, the Foreign Minister has repeatedly reaffirmed Germany's commitment to a revision of the Rome Statute. The Foreign Ministry's State Secretary confirmed in response to a parliamentary question in February 2023 that the German government was in favour of such a reform. During a hearing held in the Foreign Affairs Committee of the German Parliament in the same month, concerning the establishment of a Special Tribunal for Ukraine, several of the experts pointed out the need for a two-pronged approach to strengthen the ICC and evade the impression of selective justice. Similarly, the German Federal Ministry of Justice spoke out in support of the expansion of the jurisdiction of the ICC. During the last ASP in December 2023, the German delegation emphasized its desire to promote harmonization of the jurisdiction of the ICC together with a "group of

friends", including Costa Rica and Vanuatu.

Against this background, is it astounding how few specific steps have come to be known so far. Despite these numerous statements of support by Germany and similar declarations by other European states as well as by Costa Rica during the last ASP's general debate, a specific proposal was not introduced. The possibility to kick off a substantial discussion amongst *all* state parties was thus missed (critically concerning the 21st ASP already, see Kai Ambos). A retrospect on the last 25 years of negotiations concerning the crime of aggression justifies the expectation that finding a majority for such an amendment will be difficult, but it is by no means impossible. While African and most Latin American states remained silent about the reform during the 22nd ASP's general debate, many of them were staunch supporters of harmonization during the Kampala negotiations. The current momentum would indeed provide an opportunity for them to take the lead and introduce a jurisdictional regime which could more effectively deter powerful states from aggressive wars. What is thus called for is an alliance between states from the Global South and Global North, which already supported ICC jurisdiction for all four core crimes during negotiations in Kampala (in this sense also Claus Kreß). States in favour of the reform should immediately act upon their announcements, introduce a specific proposal, and begin to rally for the necessary majorities for the first step, the adoption of an amendment. It is imperative that Germany supports these efforts to the best of its ability. The proposal should be circulated as soon as possible and then tabled openly during the next ASP in December 2024 so states can be called out on contradictions between their positions concerning accountability in the specific case of Ukraine and for the crime of aggression generally. Given that the opportunity of the review scheduled for 2025 is already around the corner, there is absolutely no time left to wait (see similarly Astrid Reisinger Coracini and Jennifer Trahan).

Legal implications for Ukraine - retroactivity of an amendment

The important question which remains is what implications such a reform could still have for seeking accountability concerning the crime of aggression committed against Ukraine. One concern which has been raised is whether an amendment would lead to a retroactive application of the crime of aggression, thereby violating the principle of legality as enshrined in Arts. 22 to 24 Rome Statute. It should, however, be noted that the *nullum crimen* principle only forbids *substantive* retroactivity, meaning that the individual must have been able to know due to a prior source of criminal law that their conduct was prohibited (see Talita de Souza Dias, p. 66 f.). The crime of aggression has, however, constituted customary international law for decades and has been "within the jurisdiction of the Court", Art. 22, at least since 17 July 2018 (see similarly Claus Kreß/Stephan Hobe/Angelika Nußberger). Moreover, the commission of the crime of aggression can be considered ongoing, and Art. 8*bis* will thus continue to be violated until the acts of aggression, as defined in Art. 8*bis*(2), cease (see also Astrid Reisinger Coracini; on the notion of execution of an act of aggression Otto Triffterer/Kai Ambos, p. 590). The ICC could, accordingly, exercise a reformed jurisdiction for the crime of aggression in the situation of Ukraine. Ukraine should thus ratify the Rome Statute and participate in the amendment process as the Court's newest member state.

A need for the ICC beyond a Special Tribunal for Ukraine

In the case of the set-up of a Special Tribunal, a revised jurisdictional regime would raise questions on the relationship of both institutions – the Tribunal and the ICC (in detail Kai Ambos). It should, however, be kept in mind that a hybrid tribunal would likely be unable to prosecute the troika due to personal immunity, still leaving the need for the ICC. By contrast, establishing an internationalized Special Tribunal based on a UNGA resolution excluding personal immunity would likely take time as well. But even if a Special Tribunal should already be in place, a reform of the ICC's jurisdiction is, in any event, crucial for the legitimacy of the entire international justice system and would ultimately have implications for the legitimacy of the judgements rendered by a Special Tribunal. A fundamental pillar of the credibility of international justice is the equal application of the law to all. It is thus imperative to ensure full accountability in the case of Ukraine but not to stop short there. Although it is a grim scenario, the jurisdictional gap will certainly play a role again in the future. As the war of aggression against Ukraine painfully illustrates, we are not talking about an abstract possibility.

Conclusion

One must imminently utilize the momentum for reform of the Rome Statute's jurisdiction concerning the crime of aggression. Germany should follow up on its commitment to strengthening international criminal justice and support concerted efforts to table a proposal in time to find majorities for the adoption of an amendment during the review of the Kampala Amendments in 2025. Driving the reform process forward and not missing this historic chance is crucial – both for the efforts for accountability in Ukraine and for the credibility of international criminal justice as a whole.

Iryna Marchuk, Aloka Wanigasuriya

The Curious Fate of the False Claim of Genocide

On the ICJ's Preliminary Objections Judgment in Ukraine v. Russia and Beyond

doi: 10.59704/e2c707d41bd8eab0

The International Court of Justice (ICJ) delivered another blow to Ukraine's litigation strategy. On February 2, 2024, it narrowly confirmed its jurisdiction in the Ukraine v Russia case involving alleged breaches of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Convention). The Preliminary Objections (Jurisdiction) Judgment was preceded by a disappointing judgment for Ukraine in the first case it had earlier brought against Russia concerning alleged violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) and the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT). The ICJ only confirmed its jurisdiction for considering Ukraine's narrow claim that it had not committed genocide in Donbas (Judgment, para. 151). Ukraine had lodged a lawsuit against Russia at the ICJ alleging that Russia violated the Genocide Convention when it invoked the purported "genocide in Donbas" as the pretext for launching its full-scale war against Ukraine on 24 February 2022 (Ukraine's application, paras 26-29). Ukraine later expanded its argument by submitting that Russia's use of force and the recognition of the DPR/LPR violated the duty to prevent and punish genocide under Articles 1 and 4 of the Convention (Ukraine's Memorial, para 178). The ICJ found it did not have jurisdiction under the Genocide Convention to examine the issues pertaining to the use of force and the recognition of states, which are extrinsic to the Convention and governed by other rules of international law (Judgment, paras 146-147).

This is the first case involving a false claim of genocide that is brought before the ICJ, in which the applicant state seeks a declaratory judgment that there was no credible evidence to support Russia's allegations of genocide. Ukraine's non-violation (reverse compliance) claim was closely intertwined with its primary argument that Russia's false claim of genocide amounted to an abusive bad faith interpretation of the Genocide Convention and therefore violated the duty to prevent and punish genocide. Ukraine's creative legal argument resonated with 33 other states that chose to intervene in the proceedings invoking Article 63 of the ICJ Statute. However, the unprecedented mass intervention did little to bolster Ukraine's success in the case. This blog invites Ukraine to look beyond the false claim of genocide and consider bringing a new lawsuit before the ICJ alleging that Russia engaged in genocide in Ukraine through its coordinated policy of forcibly transferring Ukrainian children, which falls under Article II (e) of the Genocide Convention.

Ukraine's creative legal argumentation and mass intervention

Prior to the delivery of the judgment on preliminary objections, the case held great promise for Ukraine. It was submitted to the ICJ on the second day following Russia's full-scale invasion of Ukraine, which was disguised as a "special military operation" (SMO). Among numerous goals pursued by the SMO (e.g. "demilitarization" and "denazification" of Ukraine), President Putin mentioned the need "to protect people who have been subjected to abuse and genocide by the Kiev regime for eight years" in his infamous speech to the nation. The Ukrainian government responded to the Kremlin's "genocidal" rhetoric by creatively interpreting the Genocide Convention. They argued that Russia's false claim of genocide in Donbas, used as a justification for its military aggression against Ukraine, had violated the duty to prevent and punish genocide under the Convention.

The case received wider international resonance, with 33 states submitting Article 63 declarations (32 found admissible by the ICJ), which condemned the abusive bad faith interpretation of the duty to prevent and punish genocide as a pretext for Russia's unilateral use of force. Although all intervening states sided with Ukraine, it is important to note that they did not become parties to the

proceedings as their interventions solely pertained to the construction of the Genocide Convention.

Given the overwhelming support for Ukraine's case, with the brightest legal minds from various foreign ministries crafting compelling legal argumentation, it appeared that Ukraine stood a fair chance of success. As acknowledged by Judge Charlesworth, this case marked the first time in the Court's history where such a large number of states chose to intervene under Ar. 63 of the ICJ Statute (Separate Opinion Charlesworth, para. 2). However, the Court paid scant attention to the declarations made by intervening states. This is despite Judge Charlesworth's remark that the declarations "enriched the Court's consideration of the Parties' arguments" (*Ibid.*). William Schabas warned that intervening States may be "chastened by the damp squib of their interventions" in the case. It remains to be seen whether the modest impact of Article 63 declarations on the ICJ's legal reasoning in the present case will discourage states from intervening in future proceedings. However, it seems unlikely that states will remain passive observers in cases involving highly contested matters before the ICJ where the interpretation of fundamental legal issues is at stake.

As matters stand, while the ICJ decided to proceed to the merits stage, it will only examine a narrow non-violation (reverse compliance) claim advanced by Ukraine that no genocide attributable to Ukraine has been committed in Donbas. The Majority, by a 12:4 decision, found that the fundamental question of whether Russia's use of force and the recognition of DPR/LPR under the guise of preventing and punishing genocide violated Articles I and IV of the Convention, fell outside its jurisdiction (Judgment, para. 147).

By bifurcating Ukraine's argument and rejecting to examine the second aspect of the dispute, the ICJ reduced the scope of its jurisdiction to a bare minimum. At present, it is unclear what Ukraine could potentially gain from an ICJ finding that it has not committed genocide in Donbas. Apart from Russia and those who may side with the Kremlin, no one is buying into the allegations of genocide in Donbas. Most importantly, a finding of non-violation will not engage the responsibility of Russia (Judgment, para. 54), which means that Ukraine will not be able to seek reparations in the form of compensation from Russia for the colossal harm it has caused since its full-scale invasion of Ukraine.

What comes next for Ukraine?

At present, Ukraine has no other choice but to proceed with the case, even though the anticipated outcome is far from what Ukraine had hoped for when it first initiated proceedings at the ICJ. In essence, the ICJ will only address the legality of Ukraine's conduct. In its press release, the Russian Ministry of Foreign Affairs "applauds" Kyiv for "putting itself on the bench of defendants within the scope of its claims" as this leaves the ICJ with the sole question to answer as to whether "Ukraine committed genocide in Donbas". In an interview with Ukrainian media, Ambassador Anton Korynevych, Ukraine's agent before the ICJ, countered that it is Russia's responsibility to prove that Ukraine committed the "imaginary genocide" in Donbas. This raises the question of the allocation of burden of proof in cases where the ICJ has to reach a negative finding. Is it a task for Ukraine to disprove the commission of genocide in Donbas or is it for Russia to prove that Ukraine engaged in genocide?

Referring to the ICJ's inconsistent case law on the subject, Judge Tomka flagged the issue and urged the Parties to address the matter as the case proceeds to the merits (Declaration of Judge Tomka, para. 20). Given Russia's assertion of genocide in Donbas and its presumed access to "supporting evidence", it seems logical to depart from the principle of *actoti incumbit onus probandi* (i.e. "the burden of proof weighs on the plaintiff") and to allocate the burden of proof to Russia in the present case. Yet, the ICJ may opt for a more equitable distribution of the burden of proof. The evaluation of the allocation of the burden of proof is always case specific. It is hard to imagine what kind of evidence can be submitted by Ukraine to demonstrate that it has not committed genocide. Could the silence of the international community regarding Russia's alleged genocide in Donbas serve as evidence, from which the absence of genocide may be inferred?

Acknowledging the narrow scope of the jurisdiction of the ICJ, Ambassador Korynevych emphasised the binding nature of the provisional measures order, which earlier obliged Russia to "immediately suspend its military operation … commenced on 24 February 2022 in the territory of Ukraine" and ensure that military or irregular armed units under its control or direction "take no steps in furtherance of the military operation" (Order, para. 86). The same order imposed a standard non-aggravation obligation on Russia (*Ibid.*). By analogy, he drew attenti-

on to the final Judgment in *Ukraine v Russia* (CERD and ICSFT) where the ICJ found that Russia violated its obligations under the provisional measures order with respect to maintaining the ban of the Mejlis (Judgment, para. 391). This finding was reached independently of the Majority's ruling, which concluded that the ban of the Mejlis did not violate Russia's obligations under CERD (*Ibid.*).

In the same judgment, the ICJ found that Russia's recognition of the DPR/LPR as states and its launch of the "special military operation against Ukraine" violated the non-aggravation obligation imposed on Russia (*Ibid.*, para 397). Although the Majority ruling is significant, and Ukraine is correct in interpreting it in its favour, it is important to bear in mind that the judges were divided on whether the ICJ was entitled to find the violations of the provisional measures order going beyond the violations it had established on the merits (Declaration of Judge Tomka); and the scope of a non-aggravation obligation (Declaration of Judge Yusuf, Declaration of Judge Bennouna cf. Dissent of Judge Sebutinde, paras 33-36; Separate Opinion of Judge Charlesworth, paras 35-41).

Ukraine's last glimmer of hope is that the ICJ would establish Russia's violations of the provisional measures order, which could in turn create an obligation for Russia "to make reparation in an adequate form" (Judgment, para. 400). Given that there is no end in sight to Russia's war in Ukraine, it is not unreasonable for Ukraine to expect such an outcome. What remains unclear is *what* the ICJ would consider an adequate form of satisfaction for Ukraine if it were to establish that Russia breached the provisional measures order.

Beyond the false claim of genocide: another genocide case for Ukraine?

As we have previously argued, given the expected modest outcome of the case for Ukraine, it would make sense for Ukraine to expand its litigation strategy beyond the false claim of genocide. Ukraine may consider lodging a new lawsuit before the ICJ under the Genocide Convention, alleging that Russia breached the Convention by committing genocide against Ukrainians as a protected national group (see also Weller's blog). However, this approach is not without risks and uncertainties.

Even with additional evidence of alleged genocide committed by the Russian armed forces in deoccupied (e.g. Bucha, Izyum) and occupied territories (e.g. Mariupol), which became available a few months into Russia's full-scale war, a broader claim asserting that Russia is committing genocide in Ukraine by waging its aggressive war in order to destroy Ukrainians as a protected group under the Genocide Convention would face an uphill battle at the ICJ. The previous findings in the ICJ Bosnian Genocide Case do not inspire much optimism.

A potentially more promising litigation strategy for Ukraine may be to focus specifically on Russia's forcible transfer of Ukrainian children from Ukraine to Russia as an underlying genocidal act under Article II (e) of the Genocide Convention. There appears to be overwhelming support in political (PACE Res 2495, FPC briefing), academic (Loffe's article, Yale Conflict Observatory Report) and professional legal circles (OPG-JIT agreement, ZMINA report) that Russia's practice of the forcible transfer of Ukrainian children may constitute genocide.

Even if Ukraine does not ultimately succeed in convincing the ICJ of Russia's liability for genocide involving the forcible transfer of Ukrainian children, the case would force Russia to disclose information about the missing children, their whereabouts, and the conditions in which they have been held. This is information that Ukrainian authorities and/or families of missing children are desperate to obtain.

In the unlikely event that Russia refuses to participate in the proceedings, Ukraine would still be able to draw more attention to the plight of Ukrainian children, and garner international support for their rescue and subsequent rehabilitation. Additionally, the weight of a pending ICJ case may also facilitate the return of Ukrainian children. Therefore, pursuing ICJ litigation with a focus on the forcible transfer of Ukrainian children as genocide may be a risk worth taking.

Paolo Caroli, Antonio Vercellone

"Rented Uterus" as a Universal Crime

The Italian bill proposing universal jurisdiction for surrogacy

doi: 10.59704/af087aa90e366651

The principle of universal jurisdiction (UJ) has traditionally been grounded in the idea of a collective response to the most heinous crimes on a global scale. Italy, a country that currently lacks universal jurisdiction for international crimes, is in the midst of deliberations on a proposed bill advocating for the use of universal jurisdiction in cases of surrogacy. This analysis explores the peculiar approach Italy is taking towards universal jurisdiction, presenting two key arguments. Firstly, we contend that the underlying political motive behind this bill is to curb all forms of same-sex parenthood, inadvertently resulting in a criminal law framework that would specifically impact male gay couples. Secondly, we draw a parallel with "memory law", illustrating how legal mechanisms initially established in the enthusiasm of the '90s are now being repurposed as instruments for divisive political agendas.

Even before ascending to the position of the first female prime minister of the Italian Republic, Giorgia Meloni ardently championed the application of universal jurisdiction (UJ) to what she terms the "universal crime of rented uterus", referring to surrogacy. Often framing surrogacy as a crime committed by wealthy same-sex couples against the dignity of women, she has garnered media attention. Members of Meloni's party have gone so far as to label surrogacy by gay couples as "worse than paedophilia". Notably, this discussion largely disregards the fact that surrogacy is predominantly utilized by different-sex couples.

After two prior attempts to introduce such legislation in 2018 and 2020, the Chamber of Deputies, one of the two chambers of the Italian Parliament, approved Bill No. 887 last July. The bill is currently under discussion in the Senate. In the original draft of the bill, presented in February 2023, the criminalization of surrogacy – already in force on Italian soil and punished with detention, up to 2 years – should have been extended to instances "even when committed abroad". Some pointed out that this could lead to the prosecution of many foreigners legally engaging in surrogacy in their countries – consider the cases of prominent (self-identifying heterosexual) individuals like Nicole Kidman, Cristiano Ronaldo, and Meloni's supporter Elon Musk – upon their entry into Italy. The version of the bill adopted by the Chamber now limits Italian jurisdiction when the crime is committed abroad by Italian citizens, leaving unpunished foreigners who happen to be on Italian soil. Yet, it still includes Italian citizens who may legally undertake surrogacy abroad, where they permanently reside, such as pop singer Tiziano Ferro.

A law to distract from the real issue of LGBTQI+ parenthood

In our view, this bill has not much to do with surrogacy, which is already a criminal in Italy, nor with an effective prosecution and punishment of surrogacy committed abroad. For Meloni, this law holds a clear political significance. It seeks to delegitimize both the left and its representation as a protector of women's rights and the LGBTQI+ movement. Moreover, in contrast to what Meloni calls the "gender theory", she is positioning herself with this bill as the "true supporter of women". In fact, we believe that the actual reason for this proposal by the current majority in the Parliament is creating a public discourse in which surrogacy ends up overlapping with same-sex parenthood. Consequently, same-sex parenthood relates to all the controversies and stigma that are, correctly or not, attached to surrogacy.

We argue in the following that the consequences of this bill are twofold. First, the government has forced LGTBTQI+ movements to be on the frontline protesting its enactment. Second, it made the public discussion on surrogacy connected with the question of same-sex parenthood.

When it comes to access to parenthood, Italy is one of the few countries in the EU (and more generally in the West) where same-sex couples do not enjoy the same rights as different-sex couples. Only a married couple composed of a man and a woman can adopt, and only a

man and a woman can access In Vitro Fertilization (IVF) on the territory of the State and be automatically recognized as the parents of the baby born thereof.

A great portion of Italian society, including some parts of its relatively conservative sectors, is closely acknowledging that one should focus on the best interest of the child rather than the gender of the parents. Moreover, one effectively advocates for the right of same-sex couples to access all forms of parenthood available to different-sex couples. Accordingly, the right-wing parties have difficulties in upholding the current (conservative) legal regime. This is why they set the discourse of the political debate on same-sex parenthood on surrogacy rather than on equal access to adoption and IVF. Surrogacy is a much more controversial topic. One is no longer dealing with an almost self-evident violation of the principle of equality. On the contrary, surrogacy implies a clash of important conflicting values: the right of self-determination of the woman; the principle of inalienability of body parts; the interest of people to fulfil their plan of parenthood; and seeing a human being (the new-born) as – technically speaking – the subject-matter of a contract.

We are not expressing here our opinion on the complex ethical, political, and technical issues related to surrogacy. Contrary to same-sex adoption or IVF for lesbian couples, we want to highlight that surrogacy *does* bring about complex ethical, political, and technical issues. In other words, legitimate arguments can be deployed both in favour and against the liberalization of surrogacy. Adhering to one set of arguments rather than the other is simply a matter of political values and beliefs. In this light, the strategy of the Meloni government appears to be clear. With this peculiar bill, the government brings surrogacy back to the political debate and forces the left and the LGBTQI+ movements to take a position on it, thereby overshadowing the real violations of equality in questions of same sex adoption and access to IVF.

A crime just for male gay couples

While surrogacy *is* mostly carried out by different-sex couples, it is also true that male gay couples in Italy also resort to surrogacy abroad. According to the estimates from the Corriere della Sera newspaper, out of 250 Italian couples resorting to surrogacy each year, 10% are same-sex couples. However, should this law come into effect, the most plausible scenario involves the prosecution of only gay couples. This is due to the considerable challenge of obtaining evidence of surrogacy practices carried out by different-sex couples. In countries where surrogacy is legal, hospital documents are highly confidential and wouldn't be disclosed to Italian prosecutors. A different-sex couple can conveniently undergo the procedure abroad, return to Italy, and be acknowledged as the biological parents of the child since there would be no way to ascertain or even suspect that the couple resorted to surrogacy. At the end of the day, the only thing the Italian authorities will see upon the arrival of the couple in the territory of the State is a man and a woman entering the country with a baby and a birth certificate stating them both as the parents of the new-born. In the eyes of Italian authorities, this situation is no different to that of a straight couple returning to Italy after traditionally giving birth abroad. Such a process is evidently not accessible for two men.

This is why LGBTQI+ movements were obliged to carry out a great campaign against this bill, causing friction with part of the feminist movements. Since the front of opposition to the bill was led by LGBTQI+ movements, it was easy for the right to deploy a discourse that gays supported surrogacy since surrogacy is the way gays have kids. Yet, this completely oversees the fact that one can still oppose surrogacy and be against its construction as a universal crime. Additionally, a great campaign was made to constantly discuss surrogacy in the framework of debates related to same-sex parenthood. Given that a significant portion of the Italian population appears to oppose surrogacy and the government has framed it in a way that associates surrogacy closely with same-sex parenthood, scepticism toward surrogacy is transferred to the broader concept of same-sex parenting among the public.

A law that unites vs. law that divides: a lesson to be learned beyond Italy

Interestingly, the surrogacy question initiated the public discourse on the principle of universal jurisdiction (UJ) for the first time. Unlike many other countries, Italy lacks UJ for international crimes. While Article 7(1)(5) of the Italian Criminal Code (1930) allows for the prosecution of offences, both by Italians and foreigners, when special provisions or international conventions establish the applicability of Italian law, scholars argue that this cannot be extended to international crimes outlined in non-self-

executing international conventions. Italy has not yet aligned its criminal law system with the Rome Statute of the International Criminal Court. Furthermore, currently there is no specific provision for "crimes against humanity", and the current government has not advanced the 2022 proposal for a Draft Code of International Crimes.

What lesson can be drawn from this Italian discussion surrounding the possible use of UJ for surrogacy? Clearly, the use of UJ for surrogacy is quite different from the "quiet expansion" of UJ concerning international crimes originating from the arrest of Pinochet in 1998 and currently finding paradigmatic instances in the German trials for crimes committed in Syria, Iraq, and Gambia. Yet, human rights scholarship often underestimates the following: legal tools are never neutral but always rooted in a cultural, political, social, and economic narrative. In short, their evaluation depends on how they are used.

UJ is somehow part of the euphoria of the 90s, and it is rooted in the myth of progress in liberal Western democracies. They were perceived as guardians of a cohesive global capitalist economy and armed with an expanding array of legal measures and judicial entities to address international crimes and human rights violations. After the disillusionment of the following decades, some of these instruments have turned into weapons of a social and cultural war. This is not just the case for UJ. A compelling illustration of this phenomenon lies in the so-called "memory laws," a legal instrument developed during the 1990s and early 2000s when the European Union selected the Holocaust as a narrative of Europe portrayed in the negative, a "negative founding myth": "Memories of the Holocaust have served to legitimate both multi-cultural integration and humanitarian intervention. [...] For both purposes, the Holocaust proved a useful past" (here at 36).

In a transformed political landscape, however, memory laws have been repurposed by nations such as Poland (notably attempting to criminalize the use of the expression "Polish death camps"), Hungary, and, most significantly, Russia, conveying specific interpretations of historical events. This serves to self-legitimize and delegitimize adversaries, transforming memory laws from uniting into dividing legal tools. As Koposov argues, "*[t]he politics of memory is the main instrument that Putin's government has used to divide Ukraine and render it politically dependent on Moscow. That politics, and in particular the cult of the Great Patriotic War, has become central to the ideology of Putin's regime*". In the EU context, memory laws served an inclusive function, representing a foundational moment for a common ethical pact underlying the newfound unity of Europe, which had been plagued by conflicts for centuries. However, on the Russian-Ukrainian front, these same memory laws were transformed into a tool for ideological conflict, ultimately escalating into a tangible and real war.

Memory laws can show us a possible evolution of UJ. Since the 1990s, the principle of UJ has been rooted in the unifying concept of shared humanity responding collectively to the most terrible crimes through global enforcement. At the very least, they were providing a "no safe haven" approach. The Italian initiative diverges from this principle by employing UJ to transfer internal ideological battles into criminal courts. Again, we're not referring to the choice to either regulate or forbid surrogacy – which is already a crime if committed in Italy – but to the quite ideological way one instrumentalises criminal law. In this case, UJ does not refer to universally condemned behaviours since surrogacy is legally regulated in various countries. Instead, it is specifically wielded as a divisive instrument in an ideological clash against a particular social group: the LGBTQI+ community. As we have shown, this law has little to do with the effective prosecution of surrogacy committed abroad (since 90% of cases will likely not be found), but rather publicly associates gay parenthood with surrogacy, therefore implying an immorality of both. While not flawless and open to specific remarks or criticism, UJ and memory laws aimed at (re)affirming a shared humanity protected by law. On the contrary, in the most recent distortions, the same legal tools have been transformed into a weapon in the name of the current socio-cultural wars polarizing our societies.

Andrew Duff

In Search of a Methodical Approach to Seat Apportionment in the European Parliament

doi: 10.59704/1de9e6d86cf85890

The problem

The European Parliament is once again trying to tackle the problem of how to apportion its seats between member states. In one of those rare Treaty instances, Parliament is obliged to initiate this procedure itself [Article 14(2) TEU]. It has so far failed in this obligation, and finding a decent solution still proves difficult. The closest to an informed debate within the Parliament came in 2011 when it commissioned a study that produced the classic "base plus proportional" formula, named the Cambridge Compromise (CamCom), which amply demonstrated the severe deviance of Parliament's then arbitrary seat allocation.[1]

In the absence of agreement on a method, the practice has been to continue to trade parliamentary seats, often in an unseemly fashion, as part and parcel of the EU's larger institutional bargaining. This has led the European Council to exhort the Parliament more than once (and now again for 2026) to "propose an objective, fair, durable and transparent seat distribution method".[2] The prolonged failure to regularise the system for the composition of the European Parliament is becoming more serious. The EU never fails to criticise lapses in electoral law or practice where third countries are concerned. It stands guilty of hypocrisy unless and until it can put its own House in order.

Article 14(2) says: "The European Council shall adopt by unanimity, on the initiative of the European Parliament and with its consent, the decision establishing the composition" of the House. Changes to the relative allocation of seats should happen "in good time" before the end of each five-year term of the Parliament in order to take account of the accession or secession of a member state as well as of the continuing demographic churn.[3]

The specific formal criteria are well established in Article 14(2). Parliament must have no more than 751 seats. No state shall be allocated fewer than 6 seats or more than 96. Apportionment is to be "degressively proportional", which means that an MEP from a more populous state represents more people than an MEP from a less populous state. Size is calculated according to the internationally recognised standard of total resident population, regardless of nationality and excluding refugees. In accordance with good federalist principles, the larger states agree to be under-represented to allow for smaller states to be better represented.

Some more informal conditions should also be taken into account. The Union's legislature is bicameral, with the citizens' chamber of the Parliament and the states' chamber of the Council [Article 10(2) TEU]. As a general rule – although there are important exceptions – nothing can become EU law unless it has been passed by both Houses [Article 294 TFEU].[4] The to and fro between Parliament and Council, in the grip of co-decision, is the stuff of Brussels politics. It follows, therefore, that any change to the voting weights or system in one chamber may affect the same in the other. The principle of "mutual sincere cooperation" between the EU institutions would seem to be relevant here [Article 13(2) TEU].

[1] Around the Cambridge Compromise: Apportionment in Theory and Practice, Special Issue, Mathematical Social Sciences, Vol. 63, issue 2, March 2012.

[2] European Council Decision (EU)2023/2061 of 22 September 2023, OJ L 238/114.

[3] Rule 90 of the Parliament's Rules of Procedure.

[4] For the exceptions, see Andrew Duff, Constitutional Change in the European Union: Towards a Federal Europe, Palgrave Macmillan, 2022 (Open Access).

The federal dimension

It helps to see the EU as a youthful, yet contested, federal polity. Democratic federal systems are an inevitable compromise between, on the one hand, the constitutional principle of the "equality of Member States before the Treaties" [Article 4(2) TEU], and, on the other hand, the democratic principle of one person one vote or "equality of its citizens" [Article 9 TEU]. Every national of a member state is an EU citizen with the right to vote and to stand as a candidate in elections to the European Parliament wherever they live in the Union [Article 20 TFEU; Article 39(1) CFR].

No electoral system is perfect. But any directly elected federal parliament must reflect that basic compromise between statehood and citizenship in a satisfactory manner. Europe's federal system must be able to confound sceptical or even hostile challenges to the European Court of Justice by certain litigious national constitutional courts.[5] The EU's emerging federal constitutional order relies on "sincere cooperation" between the Union and its member states [Article 4(3) TEU]. Finding an equitable balance of power, therefore, between member states of different types and sizes is key to the successful functioning of the democratic Union and the mutual reinforcement of its twin European and national identities.

All these general principles, taken together, should be given practical application in the design of a permanent system to apportion seats between the states.

The goal

The objective is to agree on a mathematical formula that, by meeting the various criteria, will serve to enhance the stability and legitimacy of the European Union as a whole, whose very functioning is "founded on representative democracy" [Article 10(1) TEU]. Ideally, the method chosen should be settled and therefore durable, resistant to constant revision. Its entrenchment in EU law by regulation, allowing for no deviance, should further legitimate the European Parliament and quieten its critics who question its reputation.

Although undoubtedly complex for the non-mathematician, the chosen method should be sufficiently transparent to be at least explicable by the average MEP as well as comprehensible to the media. As we have implied, the method should be litigation proof, a *de jure* realisation of the *de facto* federal compromise on which the EU is based.

A deputy elected at the general election of the European Parliament must not be deprived of his or her mandate because of the mid-term accession of a new member state. The House can be permitted to inflate temporarily above 751 seats until the subsequent election. In normal circumstances, it should be presumed that all 751 seats will be filled. With a decent formula in place, it will be unnecessary as well as misleading to leave vacant an arbitrary number of seats to cater for some putative future accession state. Expanding the size of the House on a permanent basis to accommodate enlargement would require treaty change. But there is no appetite for this among sitting MEPs. Already, speaking time for backbench deputies in plenary is heavily constricted: there is not much worth saying in a speech of less than 90 seconds.

Despite the artificial cap of 96 seats, discrimination against German interests should be as far as possible minimised until such time as future enlargement of the Union reduces Germany's allocation – as it surely will when Ukraine joins (and/or the UK comes back).

Any apportionment method should be easily adaptable to the future introduction of transnational party lists from which a portion of MEPs will be elected for a pan-European constituency. Transnational lists will Europeanise the parliamentary elections and force into being proper federal political parties without which the development of EU representative democracy is handicapped. This is the official policy of the European Parliament.[6]

The method deployed to reapportion seats every five years should aim to minimise disruption to the House. It should not provoke disputes, especially of an intractable nature between small, medium and large states claiming unfairness. The stability of the institution of Parliament is highly desirable, enabling it always to sustain the code of interinstitutional balance with the Council.

[5] Notably, the Lisbon judgment of BVerfG 2 BvE 2/08, 30 June 2009.

[6] European Parliament legislative resolution of 3 May 2022 on the proposal for a Council Regulation on the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, OJ C 465, 6 December 2022.

The options

With these stipulations in mind, Parliament's Constitutional Affairs Committee (AFCO) organised a workshop (14 February) to consider three alternative formulae, all of which respect the principle of degressive proportionality.[7] (None touch the question of bicameral balance with the Council.) The first option is a Power variant of CamCom by Friedrich Pukelsheim and Geoffrey Grimmett. This well-rehearsed proposal – involving 4 base seats, plus power parameter and divisor – meets all the criteria discussed above and is future proof. Only 7 seats would need to be transferred out of the 751 compared to the official 2024-29 composition.

The second option is the elegant Fixed-Proportional-Square Root system (FPS) of Victoriano Ramirez Gonzalez. Only 8 seats would need to be switched from the current composition in a House of 720 MEPs. However, because the proposal allows for flexible interpretation, its adoption would risk constant battles between the interests of small states wanting a greater number of fixed seats, large states putting greater salience on proportionality, and middle-sized states prioritising the square root factor. And FPS does not provide for a fixed House of 751 MEPs.

The third alternative by Manuel Müller suggests one possible way to introduce a transnational element in the House. He would add extra "party" seats on top of a square root proportional allocation for the larger portion of seats. But his system would count the votes for national parties within member states and accord them indirectly to EU parties. He would not give citizens a second ballot to vote directly for truly federal political parties.

Parliament now realises that the installation of transnational lists is unlikely to happen without treaty change, suitably crafted in a constitutional Convention [Article 48(3)TEU]. [8] Parliament is also seeking to adjust the voting system in the Council, changing the threshold of QMV from the Lisbon formula of 55% of states representing 65% of the population to 60% of the states representing 60% of the population.[9] Another, and possibly better, approach would be to use the square root formula for Council QMV votes. The magic of the square root reduces the differentials between states of different sizes, thereby introducing an element of degressive proportionality into the Union's second chamber. Respecting interinstitutional balance, the introduction of the Power variant of CamCom will reduce the clout of middling-sized states in the Parliament, while the square root voting system will advance their interest in the Council. On such exquisite deals are federal unions well built.

In the recent Brussels workshop, MEPs – missing the point – badgered the scientists to negotiate between themselves one single proposal, thereby relieving Parliament from having to take a political decision between alternative mathematical methods. In practice, therefore, a constitutional Convention is likely to be needed to settle all these matters in an open, comprehensive and consensual way. If AFCO manages in the meanwhile to produce an accurate and purposeful report, the European Parliament will have made an important contribution to improving its own legitimacy – and in preparing the Union for democratic enlargement.[10]

[7] https://www.europarl.europa.eu/committees/en/permanent-system-for-the-allocation-of-s/product-details/20240125WKS05941

[8] Resolution of 22 November 2023 on proposals for the amendment of the Treaties P9_TA(2023)0427. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0427_EN.html

[9] "Super QMV" would become 80% of states representing 50% of population as against Lisbon's thresholds of 72% of states and 65% of population.

[10] The AFCO rapporteurs are Ana Collado Jimenez and Niklas Nienass, Draft Report on a Permanent system for the allocation of seats in the European Parliament, 2023/2104(INL).

Mikel Díez Sarasola

EU's Involvement in the Renewal of the Spanish Council of the Judiciary

The European Commission's New Role as an Intermediary in the Internal Constitutional Affairs of the Member States

doi: 10.59704/71a7e156be640f03

The growing political polarization of Western liberal democracies often leads to situations of political deadlock that require the intervention of an external authority capable of untangling the knot. Usually, this is a function reserved for the judiciary, but when the dispute centers – as in the Spanish case – precisely on who governs the judges, it becomes necessary to resort to exotic, sometimes extravagant solutions to make up for the shortcomings of the constitutional system. After the second (fruitless) meeting held *today* between Commissioner Reynders and representatives of the Spanish government and the main opposition party, there is no simple solution in sight to an issue of the renewal of the Spanish Council of the Judiciary with significant implications for the immediate future of the Spanish political scenario. In this blog, I argue that underneath all the technical layers of legal order invoked under the generic defence of the rule of law, there are political and democratic debates for which the EU may play an important yet uncertain and questionable role.

In the last two Rule of Law Reports (2022 and 2023), in the section dedicated to Spain,[1] the Commission warned of the difficult situation of the General Council of the Judiciary (CGPJ) due to its lack of renewal and adaptation to the appointment procedure for its judges-members. This lack of renewal affects the Supreme Court's work and the justice system, affecting the number of cases adjudicated and the length of proceedings. Additionally, in the absence of a solution in line with European standards, the Commission emphasized that the necessary steps must be taken. Furthermore, the Reports echoed the level of perceived judicial independence in Spain, which continues to be low among the general public and is now low among companies. Finally, the Commission recommended proceeding with the renewal of the CGPJ with the highest priority and initiating "a process in view of adapting the appointment of its judges-members, taking into account European standards on Councils for the Judiciary." I will firstly explain the respective Spanish constitutional rules of the CGPJ, how the said Council became involved in partisan politics, and finally the newly acquired role of the European Commission in resolving this political stalemate.

The Spanish constitutional rules of the game

According to Art. 122(3) of the Spanish Constitution, the CGPJ[2] shall consist of the President of the Supreme Court, who shall preside it, and of 20 members appointed for a five-year term consisting of 12 judges or magistrates and 8 lawyers or other jurists of recognized competence with more than fifteen years of professional practice. While the Constitution provides that the Parliament elects the eight jurists, it does not specify who should select the remaining 12 judges and magistrates. According to Article 567 of Organic Law 6/1985 (LOPJ), which develops the constitutional precept, the 20 members shall be appointed by Parliament (10 by the Congress of Deputies and 10 by the Senate) and elected in both cases by a qualified 60% majority of their members.

According to the Spanish Constitution, the CGPJ is responsible for appointments, promotions, inspections, and disciplinary matters. Hence, although the CGPJ is not a jurisdictional body, it exercises functions that powerfully influence the development of the professional careers of judges and magistrates.

The CGPJ as the subject of the political dispute

Spain has been no stranger to the growing political polarization of other Western liberal democracies. However, since Pedro Sánchez, the leader of the Spanish Socia-

[1] https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en.

[2] https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/General-Council-of-the-Judiciary/.

list Party PSOE, in June 2018 ousted Mariano Rajoy, then the leader of the Spanish conservative party PP, from the Moncloa after a motion of no confidence,[3] and supported by Podemos and pro-independence and Basque and Catalan nationalist parties, the level of deterioration of the political debate has reached unbearable heights. The positions between the two blocs seem irreconcilable. The left-wing parties, together with Basque, Galician, and Catalan nationalist parties on the one hand, and right-wing and extreme right-wing parties on the other hand. Hence, nobody in Spain today can imagine any significant agreement between the two main Spanish parties. The last general elections in July 2023 deepened this bloc division with a pyrrhic victory of the left-wing bloc and the peripheral nationalists, leaving a narrow margin of manoeuvre for the Sanchez government.

The Judiciary has not been oblivious to this growing polarization of Spanish politics. In December 2018, it was time to renew the members of the CGPJ according to the rules established in the Constitution and in the LOPJ, whose last version in 2013 had been approved by the PP. The two-thirds required for the renewal implies a necessary agreement between the two major parties, PSOE and PP. Historically, there has been a tacit political agreement between the PP and PSOE that whoever holds the nation's government has the right to appoint the majority of members of the CGPJ. With the new socialist government, it was anticipated that the majority of the members of the CGPJ would be progressive.

However, the PP has since refused to renew the CGPJ, thus maintaining an "undue" conservative majority in the CGPJ. The pretexts have been multiple: the support of former ETA terrorists to the new government, the presence of "radical communists" (Podemos) in the Spanish coalition government, the reform of the crime of sedition, the questioning of judicial impartiality and accusations of lawfare to the Judiciary by sectors supporting the government, etc.[4] Since April 2021, the PP has demanded to reform the system of election of the 12 judges or magistrates of the CGPJ prior to its renewal. Contrary to the current arrangement, where the Parliament chooses among the candidates from a list provided by the CGPJ, the PP argues that the judges and magistrates themselves must elect their representatives. The PP's proposal, different from the one it carried out in the government in 2013, is explained by the current conviction of the Spanish right-wing party that the bulk of judges and magistrates have a conservative bias.

Involvement of the European Commission

The deadlock caused by the PP's refusal to reach an agreement according to the established rules has led the Judiciary to an untenable situation: 20 vacancies on the Supreme Court – 25% of its staff – and 49 of the 116 presidencies of courts in the country remain vacant. Consequently, that has led to a decrease in the number of rulings by the Supreme Court, which, given its role in ensuring consistency in the interpretation of national law, has had an impact on legal certainty. The situation also undermines the efficiency of justice and extends the length of judicial proceedings. Against this background, in September 2022, Commissioner Reynders travelled to Spain for two days to facilitate the agreement between the PP and the PSOE to resolve the blockage of the CGPJ, among other things. After multiple meetings,[5] the visit was unsuccessful, and the blockage was maintained.

However, the role of the European Commission is different this time. On 22 December 2023, the President of the Government, Pedro Sánchez and the leader of the opposition, Alberto Nuñez Feijoo (the PSOE and the PP), agreed to request the mediation by the European Commission concerning the renewal of the CGPJ[6] The unprecedented nature of the Spanish request was initially received with surprise by the European Commission whose interference in the constitutional systems of the Member States is usually viewed with suspicion by the respective national authorities. After carefully weighing the characteristics of an exotic new role in the internal affairs of Spain as a sovereign state, the European Commission accepted its mediating role under the responsibility of Commissioner Reynders. According to the European Commission, its mediation functions will be done through a "structured dialogue" on implementing the recommendation in the 2022 and 2023 Rule of Law Reports for Spain. This dialogue started on 31 January 2024, and

[3] https://www.theguardian.com/world/2018/jun/01/mariano-rajoy-ousted-as-spain-prime-minister.
[4] https://www.publico.es/politica/excusas-pp-continuar-bloqueo-renovacion-cgpj.html.
[5] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_22_5850.
[6] https://www.reuters.com/world/europe/eu-commission-mediate-stalemate-over-spanish-judiciary-council-2023-12-22/.

according to the European Commission, it should not exceed two months. Not many details have been transcended about the meeting held last month. The parties only expressed the commitment to continue to work together and to reconvene this month.[7] The meeting held today does not seem to have shed any light on the dispute either, as the cryptic press release from Commissioner Reynders testifies.[8]

Preliminary conclusions

The mediation role of the European Commission to resolute a national political dispute can be comprised of its broader functions to promote the general interest of the Union and ensure the application of the Treaties (Art. 17 of the TEU, in conjunction with Art. 2 TEU concerning the rule of law and the principle of subsidiarity). In this respect, the involvement of the EU in an internal issue of the Spanish constitutional system reveals two interconnected and significant phenomena. Firstly, we should note and question the expansive content of the functions and powers of the EU as the guardian of the rule of law. Secondly, and more importantly, the deterioration of the political culture of Spanish liberal democracy and its incapacity to respond reasonably to increasing political polarization.

As James Madison warned in the Federalist Paper n.10,[9] the political parties seem to have become factions, mere representatives of particular interests, thus forgetting their fundamental duty to seek the general interest of society as a whole. In this context, we find ourselves in a multilevel constitutional system where the EU can exercise mediation and arbitration functions to safeguard the proper functioning of national constitutional systems from an epistemic and political authority that deserves a more detailed analysis. In this vein, the success of the EU mediation formula and its eventual authority as the ultimate interpreter of what and what is not in accordance with the rule of law stands as a fundamental laxative for the political storm that is brewing on the eve of the approval of the already constitutionally contested amnesty law for the Catalan pro-independence leaders.

[7] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_591.

[8] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_932.

[9] https://www.sfponline.org/Uploads/267/federalist%2010.pdf.

Philipp Sauter

European Nuclear Weapons

Europe's Nuclear Ambitions and the Constraints of International Law

doi: 10.59704/e59f32931316cdbc

After Donald Trump's announcement to withhold US military support in case of an attack on a NATO member by Russia under certain circumstances, a discussion has been sparked on whether Europe itself should have their own nuclear weapons for nuclear deterrence. However, given the progress in the legal framework of nuclear non-proliferation and nuclear disarmament, European nuclear weapons would violate international law.

European nuclear weapons - an old idea

The idea of shared European nuclear weapons is quite old. In 1957, France, West-Germany, Italy, the Netherlands, Belgium and Luxembourg founded the European Atomic Energy Community (Euratom). While the main purpose of this Community is to promote the development of nuclear energy in Europe, Euratom was also intended to serve another purpose: A European nuclear weapon. In 1957, only the US, the Soviet Union and the UK possessed nuclear weapons. To facilitate the production of nuclear weapons, France, Italy, and Germany intended to share resources and knowledge to develop a European nuclear weapon. This idea was sacked with the election of Charles de Gaulle as French president and his decision to unilaterally pursue a nuclear weapons program in 1958.

What are the options?

There are several scenarios on how European nuclear deterrence could look like. First, an obvious scenario would be that France puts European Member States or the EU as such under a nuclear umbrella similar to the US's nuclear sharing with several NATO members. Given the small number of French nuclear weapons (around 300) compared to the giant Russian arsenal (around 6000), the deterring effect of the French arsenal would be limited. Thus, a French nuclear umbrella could include the commitment by the EU or some European countries to financially contribute to the expansion of the French nuclear arsenal. A second option would be a genuine European nuclear weapon controlled by an EU chain of command. Such an approach reminds of the never established European Defence Community in the 1950s.

Option 1: A french nuclear umbrella for Europe

France's capacity to share its nuclear weapons is limited by the 1968 Nuclear Nonproliferation Treaty (NPT). According to its Article I, France is not allowed to transfer nuclear weapons with any recipient. The using of the word "recipient" includes not only states but also supranational organizations such as the EU. The signatories of the NPT are also not allowed to transfer the *control* of nuclear weapons to non-nuclear weapon states (i.e. every state that is not the US, the UK, France, Russia or China).

Nuclear sharing is allowed to a certain limit. Currently, the US has nuclear sharing agreements with Germany, Turkey, the Netherlands, Belgium and Italy. The US military stations a certain number of nuclear weapons in the respective host country, while the host country provides the required deployment technology, mainly fighter jets that are capable of transporting and dropping nuclear weapons. In this scheme, the final control remains within the US chain of command. Given the fact that nuclear sharing agreements preceded the NPT, NATO countries interpret the NPT in a way that the deployment of weapons in non-nuclear weapon states is compatible with Article I, as long as the final say remains within a nuclear weapon state. This interpretation, however, is the object of constant criticism by both non-nuclear weapon states (e.g. Mexico) and also nuclear weapon states (China).

However, such a sharing of French nuclear weapons would – in any case – be excluded with state parties to the 2017 Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW). Within the EU, Ireland, Austria, and Malta are parties to this treaty. Under Article I of the TPNW, any support towards nuclear weapons is prohibited. Member states must not allow the stationing of nuclear weapons in their territories. Furthermore, the use or the threat of use of nuclear weapons, as well as assisting, encouraging or inducing such behaviour, is also forbidden. There is

no scenario where Ireland, Austria or Malta could share nuclear with France without violating their obligations from the TPNW. While withdrawal from the treaty is possible, this requires "that extraordinary events related to the subject matter of the Treaty have jeopardized the supreme interests of its country" and only takes effect after one year according to Article 17. Similarly, those states could not vote for a financial contribution by the EU for the French nuclear weapons program. While these three countries do not constitute a blocking minority under Article 16(4) TEU, budgetary questions within the Multiannual Financial Framework require a unanimous decision by the Council pursuant to Article 312(2) TFEU.

Option 2: Genuine European nuclear weapons

The second option – genuine European nuclear weapons – might escape both the NPT and TPNW at first sight. The EU is neither party to the NPT nor the TPNW. There are also no accepted customary obligations similar to those included in the treaties which might bind the EU. However, there would be two limits: Previous decisions by the EU and the need to change the European Treaties.

The EU itself has committed itself entirely to the non-proliferation regime. In 2003, the Council of the European Union adopted its Common Position 2003/805/CFSP on the universalization and reinforcement of multilateral agreements in the field of non-proliferation of weapons of mass destruction and means of delivery. The objective of this Common Position is, inter alia, to promote universal adherence to the NPT (Article 1(a)). To that end, the EU promotes all objectives laid down in the NPT (Article 4). The central objective of the NPT is to stop the proliferation of nuclear weapons. Thus, the development of European nuclear weapons would go against this Common Position. Similarly, the European Council adopted the EU's strategy against the proliferation of Weapons of Mass Destruction in December 2003, where it is laid out that the NPT "must be preserved in its integrity" (para. 6). Both the Common Position and Decision were reiterated in Council Decisions 2012/423/CFSP and 2023/654/CFSP. Supporting the NPT as the cornerstone of the nonproliferation regime is central to the European non-proliferation strategy and the Common Foreign and Security Policy (CFSP).

Furthermore, even if the EU were to reverse these decisions, the current scope of the Treaties would not allow for a military chain of command. While Article 2(4) TFEU gives the EU the competence to "define and implement a common foreign and security policy, including the progressive framing of a common defence policy", the development or control of its own arms and weapons would exceed such a progressive framing. The CFSP "might lead to a common defence" following Article 24 TEU, however such a decision requires unanimity in both the European Council and the Council. However, states bound not only by the TPNW but also by the NPT would be prohibited from accepting a common defence which includes nuclear weapons. The TPNW clearly prohibits such a change in its Article 1, excluding Malta, Austria and Ireland from such a treaty change. All 27 Member States are bound by the NPT, which would also prohibit them from voting for a European nuclear weapon within the EU institutions. Non-nuclear weapon states are prohibited from controlling nuclear weapons both directly or indirectly. Given the influence of the Member States via the Council and the European Council, at least an indirect control of European nuclear weapons would exist. In addition to that, such a vote would be in contrast to Article VI of the NPT. This provision includes the obligation to "pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race". Such an acceptance of a supranational organization outside the NPT to possess nuclear weapons would constitute anything but good faith towards the cessation of a nuclear arms race.

Conclusion

European nuclear weapons are illegal under international law. France cannot share its nuclear weapons with the EU since Austria, Malta, and Ireland are state parties to the TPNW. The legality of nuclear sharing agreements under the NPT with European countries on a bilateral basis is questionable. Similarly, the EU cannot decide to develop its own nuclear weapons. The current treaty regime would require unanimity, while the NPT and TPNW prohibit EU Member States from voting for such an extension. Only one option remains for European nuclear deterrence without the US involved: France could unilaterally declare that it is willing to use its nuclear weapons once a Member State invokes a mutual defence clause (Article 5 North Atlantic Treaty or Article 42(7) TEU).

Henri de Waele

On Citing Van Gend & Citing it Correctly

doi: 10.59704/fe0e7c25d550e92b

There are multiple common misunderstandings that have, over time, taken on the status of established truths. For example, to Sherlock Holmes is often attributed the quote "Elementary, my dear Watson", which never appears in the Conan Doyle novels. Neither did Voltaire ever confide to anyone that he "disagreed with what you say, but will defend to the death your right to say it". Similarly, nowhere in the Star Trek franchise has the pithy instruction "Beam me up, Scotty" been uttered by anyone. Moving from popular trivia to the realm of law, in his *opus magnum*, Charles de Montesquieu did not ever propose that the three state powers are to be separated rigidly – merely outlining this particular template as but one possibility among various other constitutional designs.

In EU law, there exists a similar widespread misconception, albeit tiny in nature. Simultaneously, it does concern the probably most famous ruling ever delivered by the European Court of Justice, so the comparative weight is substantial. As one might expect, in the past six decades, said judgment has been ubiquitously referenced – yet thereby, as it seems, also ubiquitously cited in a curiously defective manner. This has produced, arguably, the most poignant misquotation of all time.

The underlying case stemmed from the Netherlands, and pertained to a legendary transport firm. Said enterprise was founded in 1809 by a coachman from Antwerp, teaming up with a brother-in-law who happened to run a similar business. Perhaps to facilitate the intended cross-border stature and presence of their newly created company, they christened it with the combination of their surnames, linking these two with the aid of a universally accepted sign, the ampersand (&). Throughout the 19th and 20th centuries, the brand managed to survive a grand sequence of mergers, takeovers, and divestments, with the venture eventually ending up as a division of the global express firm DHL in 2003.

In 1962, as known, a case was put before what was then the Court of Justice of the European Communities, which concerned customs duties for a certain chemical exported from Germany to the Netherlands. As the reader will scarcely need to be reminded, this affair produced the revolutionary judgment that laid down the crucial doctrine of direct effect. As indicated in the official series in which the jurisprudence was duly published, however, the reference from the national court, and the dictum from the ECJ, stuck to the authentic name of the aforementioned firm, instead of needlessly inserting words of Dutch – and especially, these documents did not replace the ampersand with the word "*en*" (meaning "and" in English). Thus, it would have been equally appropriate for e.g. a Frenchman to interpret the case name as "*Van Gend et Loos*", for a German to understand it as "*Van Gend und Loos*", or an Italian to read "*Van Gend e Loos*". Yet, strikingly and miraculously, countless authors have ever since chosen to ignore the original spelling, which has resulted in the staple "*Van Gend en Loos*" – a highly peculiar designation that was never to be found on any of the company's trucks, trains or vans, business premises, workwear or stationary.

Why, then, have scores of people gotten this wrong, spontaneously drawing a word from a language they, more often than not, do not even master? Even more remarkably, it is neither obscure publications nor less competent colleagues who have succumbed to making the mistake. The long string of faulty references spans the gamut of EU law, ranging from well-known articles in high-ranking legal journals (see e.g. here and here) to leading textbooks (see e.g. here). Somehow, the lapsus turns up in an elaborate network analysis of cross-references throughout the body of ECJ case law (see here). Astoundingly, the same goes for the prominent historiographers who have attempted to dissect the judgment's genealogy (see here and here). The Court itself celebrated the 50-year anniversary of the decision in 2013, culminating in a logo, book, conference and website that embarrassingly rehearse the key error. In his extensive written work, even the Court's longtime President has practised this slip of the pen. Conversely, there are thankfully enough who get it right (see e.g. here, here and here), though that itself underscores the strange schism looming large within the

literature.

Where, then, did things go astray? Contrary to the assertions in numerous footnotes, the incriminated "*en*" is not to be found in the erstwhile European Court Reports. Nonetheless, the erroneous thread must have started early, following closely on the rendering of the actual judgment. A preliminary investigation suggests the core sin lay with an English-language summary of the judgment appearing in the venerable *Common Market Law Review* in March 1963, accompanied by an annotation by the Leiden professor Ivo Samkalden that reiterated the "amended" reference. From that point on, others in the budding discipline may have begun to emulate the styling, not unlike how medieval monks inadvertently made alterations to the classic manuscripts they were just supposed to be copying. Apparently, few have chosen to check back with the authentic source – perhaps comparable to the revelation in a recent study on how swiftly authorities go on to become canonical, despite resting on shaky foundations indeed. In odd contrast, the *American Journal of International Law* of January 1964, commenting on the case, did manage to faithfully reproduce the ampersand, yet failed to spark a uniform trend.

Undoubtedly a more meticulous investigation is warranted, as the foregoing offers only a brief and tentative exploration. The main takeaway is nevertheless that far too many have so far been unconsciously posing as Dutch, wasting two whole spaces where a single subtle character would have sufficed. Of course, as Seneca observed so astutely, recognition of a wrong constitutes the beginning of salvation. Our epistemic community ought to take note and progress. For sure, even when bordering on the trivial, scholars need to stay perennially aware of sloppy references & aim to steer clear of the most elementary misquotation.

Nils Redeker

Chasing Shadows

What the Net Zero Industry Act Teaches Us About EU Industrial Policy

doi: 10.59704/9087b27aa39f9d97

The Net Zero Industry Act (NZIA) was touted as the European Union's big response to the US Inflation Reduction Act. A year ago, the Biden administration's new green subsidy program spooked the EU into a flurry of industrial policy announcements. Now, the political dust has settled, and the EU's main green industry initiatives will finally hit the legislative books. So, what has become of the EU's new green industry agenda, and what can we learn from it about Europe's role in the new global age of industrial policy?

The detailed answer – as always with the EU – is complicated. However, it boils down to a simple truth: The NZIA shows that the EU remains fundamentally incapable of formulating a constructive answer to the return of industrial policy for three reasons: First, the EU lacks the analytical capacity and political will to formulate meaningful industrial policy priorities; second, it does not have the regulatory levers to support selected industries; and third it lacks the financial firepower to leverage the scale of the European market and reach its goals without hurting fair competition.

Lacking strategy

The first issue is that the NZIA lacks a strategic focus. Targeting the right sectors and technologies is crucial for the effectiveness of any industrial policy that aims at changing the composition of the economy in the service of political goals. Yet, one year in, the NZIA's criteria for such selections remain unclear. The act officially aims at "accelerating the development and production of net-zero technologies" to increase the "competitiveness and resilience" of the EU's green industrial base. Putting this goal into a practical strategy would require answering difficult questions. Which technologies and sectors are under real pressure from foreign competition? Where does the EU already have a competitive edge that warrants temporary defense and where would domestic production require permanent subsidies? And where is the risk of sudden import stops so acute that building up domestic production should take priority over the goal of fast and cheap deployment of clean (imported) technologies?

The Commission's initial proposal largely dodged these questions. Instead, it established the goal for the EU to achieve a domestic manufacturing capacity that meets at least 40% of its annual deployment needs for a list of eight key technologies by 2030. This list included sensible areas in which the EU already adds significant value through leading manufacturers such as the wind component industry. However, it also contained domestic production goals for cheap mass-produced goods such as solar cells in which the EU lacks a competitive industry base.

The political negotiations with member states and the European Parliament did not add much nuance to these goals. Instead, they appended the original shopping list with some more technologies, added the goal to reach a world market share of 15%, and clarified that the production targets could also be reached for net zero technologies as a whole instead of aiming for the benchmark in every single sector. To be clear, this softer benchmark is an improvement over the attempt to micro-manage sectoral output goals. However, the overall picture remains unchanged: the EU currently lacks the analytical capacity and strategic political will to decide where in the global green tech race it can and wants to set its mark. An industrial strategy that aims to do everything, is unlikely to achieve much.

Lacking tools

Second, the NZIA lacks convincing regulatory tools to reach its goals. The legislation puts a lot of emphasis on cutting red tape and speeding up permitting procedures for clean tech manufacturing projects. It prescribes maximum permitting times for manufacturing projects in net-zero industries (between 6 and 18 months, depending on the size and sector of the project). It encourages member states to give such projects priority status in judicial and dispute resolution and it asks governments to provide authorities with some extra discretion in planning proce-

dures by declaring net-zero projects to be in the public interest. The act also introduces the option to establish the so-called net-zero industry valleys in which new clean tech industry clusters could benefit from even faster regulatory treatment. Bureaucratic streamlining is certainly commendable. Especially for the deployment of renewable energies, lengthy notification and permitting procedures constitute a central drag on the transformation.

However, when it comes to manufacturing projects, the NZIA's strong focus on speeding bureaucratic procedures looks more like a solution in search of a problem. Permitting times in industry are already shorter than in deployment, they do not seem to be the main driver of the lead times for project planning and there is little evidence that companies currently perceive permitting to be the key bottleneck in their investment decisions. So, while the goal of lowering bureaucratic hurdles could help on the margins, it is unlikely to result in a major boost for the industry.

The more important question, therefore, is what support the NZIA and the Green Deal Industrial Plan deliver beyond regulatory streamlining. The short answer is not much. The most tangible measure is that the NZIA nudges member states to use their public contracting systems more strategically. The act introduces new non-price criteria for net zero technologies in public procurement procedures, renewable energy auctions, and other support schemes. So, member states should not simply look for the cheapest bidder when they go into the market for clean tech products. Instead, they should make sure that providers fulfill minimum requirements on things like cybersecurity or environmental standards and most importantly do not rely too heavily on a single country of origin for their supplies.

In theory, these provisions could have been an important lever. The public sector is an important market for many clean technologies, and non-price criteria can be designed to privilege EU producers or even effectively bar Chinese imports from say renewable energy auctions. However, in practice, the new measures are unlikely to become a "Buy European clause" in disguise. Member states already had the option to introduce more stringent environmental or social criteria in public procurement systems before the arrival of the new act. They tend not to use it much for the obvious reason that it would make buying clean tech more expensive for taxpayers, hamper the deployment of clean technologies, and slow down the green transition. The NZIA will not force governments to change this.

Most importantly, it still allows member states to ignore resilience criteria if they result in disproportional costs, defined between 5% and 20%, depending on the scheme. In those sectors where Europe is currently lagging, such cost gaps are common. As a result, the NZIA criteria are unlikely to be applied much unless member states really want to change their approach.

Lacking money

This brings us to the last point. The EU lacks the financial means to underwrite its industrial policy goals with actual money. The Commission initially planned the NZIA to work in tandem with a new European Sovereignty Fund. The idea always remained rather vague but should have offered direct EU-level support for strategic industries, coordinate investments across the continent, and prevent unfair subsidy races between member states. It never materialized mostly because the Commission quickly discovered member states' appetite for it was limited. National budgets were strained, member states did not come forward with concrete ideas for new projects, the Commission was unable to put a convincing price tag on its industrial policy ambitions, and there was still enough money around from the Recovery and Resilience Facility to cover the most pressing investment needs.

In a big climb-down from its initial plans, the Commission in the end proposed a small new Strategic Technology for Europe Platform (STEP), which largely rehashes funds from the existing EU budget and was shrunk even further in negotiations with the Parliament and the member states. The Commission wants the acronym of the platform to be read as a not-so-subtle-hint that it has not entirely given up on the idea of a real fund for the future. However, for now, the European level lacks the money to back up its industrial policy ambitions. This also means that any meaningful financial support for industries will come from national state aid with all the negative side-effects this has on the ability to scale and coordinate projects and on economic cohesion and fair competition in the single market.

High time to prioritize industrial policy

So, where does this leave us? The US Inflation Reduction Act and Chinese state subsidies challenge the EU's clean

tech ambitions. With the Green Deal Industrial Plan and the NZIA, the EU had, at least on paper, decided to play ball. However, in practice, the initiatives have become a shadow of what was announced. The fact that the need for an industrial strategy is already turning into a campaign hit for the European elections shows that having an industrial policy in pretense will not suffice. The EU needs a more fundamental rethink on how it can build the analytical, governance, and financial preconditions to deal with the reality of a global return of industrial policy in a strategic, modern, and forward-looking way. The NZIA saga shows that solving this conundrum will not be easy, but it should rank high on the agenda of the next Commission.

Mark Deng

The Limits of Public Participation

Why South Sudan's People-Driven Constitution-Making Needs a More Realistic Approach

doi: 10.59704/98c24ce469413394

In this piece, I critique the proposed people-driven constitution-making process in South Sudan, identifying some challenges that may hinder meaningful participation by the people. One is mass illiteracy: over 70% of the population is illiterate. This can impact the people's capacity to meaningfully engage with some of the complex issues that may arise from the process. Another factor is that involving the people could exacerbate existing ethnic tensions in the country, as constitution-making is inherently divisive.

My suggestion is to entrust the process to experts with oversight by parliament.

Constitution-making after independence

As a result of the decisive vote for independence in 2011, the Transitional Constitution was drafted to provide a system of government for South Sudan during its transitional period. The Transitional Constitution equally provides the process for drafting a permanent constitution to mark an end to the transitional period and usher in a new political dispensation.

The permanent constitution-making process first commenced in 2012 following the formation of the drafting body – the National Constitutional Review Commission (NCRC). The NCRC was given one year to draft and finalise the constitution. This timeframe was insufficient, and it was extended for another year.

Following the extension, the NCRC launched the first phase of its work, which was a media campaign to inform the public. But the process was impacted by the 2013 civil war that brought nearly everything in the country to a standstill, and lack of money. (Reportedly, parliament passed a law to allocate money to the NCRC but the money was never released).

With war came the urgency to wage peace. With the support of external actors, the warring parties managed to sign a peace agreement in 2015. The agreement broke down in 2016 after the formation of a unity government. It was revitalised in 2018, leading to the formation of the current unity government in 2020.

The revitalised agreement requires parliament to enact a law to provide a legal framework for the permanent constitution-making process. Parliament passed this law – the Constitution Making Process Act (CMPA) – in December 2022. The CMPA provides for the establishment of a constitutional commission as the principal spearhead body (and one of the 3 mechanisms of the process). President Salva Kiir Mayardit recently appointed the chairperson and the deputy chairperson of the commission after nearly 12 months of delay. The process is unlikely to get off the ground until an election has been held in 2024.

The process is people-driven. The people must be consulted and given the opportunity to give their input. I identify two serious challenges that may affect the people's participation, namely mass illiteracy and deep-seated ethnic divisions in the country. My suggestion is to entrust the process to experts with oversight by parliament.

Mass illiteracy in South Sudan

South Sudan is among the many countries facing significant educational challenges. It ranks third in the world on the ladder of countries with the highest illiteracy rate. A 2022 report on education confirms that more than 70% of the population is illiterate.

Two factors may explain why South Sudan continues to lag behind in education. The first factor can be traced back to the pre-independence era, where successive Sudanese governments neglected social infrastructural development in the southern region. Two decades of civil war exacerbated the situation, rendering much of the south unsafe.

The second is more of an internal problem in South Sudan, which is education funding. Since independence, the education sector has consistently received limited funding (with the exception of 2023 which saw education funding increased by 12.5%). This has hindered access to

education in many ways. For instance, there is a shortage of educational facilities, such as classrooms, desks, and chairs, especially in the rural areas where the majority of the people live. Concomitantly, it has made teaching an unattractive career as teachers are massively underpaid, which inevitably impacts teacher recruitment and retention.

How illiteracy may hinder people's participation

I do not believe that constitution-making should exclusively be an enterprise for lawyers. But it is also true that mass illiteracy can hinder the people's ability to fully engage with the complex issues that are likely to arise in the constitution-making process.

One example is the choice between adopting a parliamentary or a presidential system of government – the latter is currently in place in South Sudan. Opposition parties are likely to advocate for the former for varied reasons. One is that it would be less susceptible to authoritarianism than the presidential system. The government is more likely to maintain the status quo, anticipating that a parliamentary system might result in an unfavourable power distribution.

Another issue that is certain to arise is whether to adopt a federal system or not. This is in fact a long running debate in South Sudan. Opposition parties are on board with this for good reasons. For example, federalism would provide stronger checks and balances. In particular, it would correct the current vertical power imbalance in South Sudan where the President has the power to interfere in what are essentially states' exclusive political affairs, such as appointing and dismissing state governors. Such interference would not be permissible under a formal/pluralist federal system.

The government, however, has expressed its concerns about federalism, arguing that it could lead to the fragmentation of the country, given the existing ethnic divisions and historical incidents. But however sincere the government's concerns may be, the truth is that it had signed a binding peace agreement in 2018 that prescribes federalism as South Sudan's system of government to be embedded in a new constitution.

Understanding and evaluating the practicalities of the different governmental systems – ie parliamentary system, presidential system, and federalism – requires one to have a high level of education. Educating the South Sudanese people about these concepts within the time constraints of the constitution-making process is practically impossible for two key reasons. The first is a lack of money to fund civic education programs, which are likely to be too expensive. The second is the government of South Sudan lacks the capacity to successfully implement nationwide civic education programs.

After all, the elites are going to decide what goes into the content of the constitution. For example, the text is going to be drafted by a group of experts, and parliament is going to have the final say on a draft text per the CMPA. It is unclear what difference the would-be canvassed people's views would make as such. Furthermore, involving the people could intensify existing ethnic tensions.

Deep-seated ethnic divisions in South Sudan

South Sudan is deeply divided along ethnic lines. Several factors explain this. One is the widely perceived Dinka domination of the national government. This has left many ethnic groups feeling alienated and resentful.

The divisions have been exacerbated by a contest for power between President Mayardit and Dr Riek Machar Teny – leader of the SPLM-IO – that culminated in the civil war in 2013. Each leader sought support from his ethnic group in fighting the other. For example, in supporting President Mayardit's war effort, General Paul Malong Awan ordered the *Mathiang Anyoor* Dinka militia to kill thousands of the Nuer people after the war began. Conversely, the White Army Nuer militia allied with Dr Riek's forces killed many Dinka people in revenge, particularly in Bor.

In essence, the two leaders pitted their communities against each other, creating deep distrusts and fear. The people's participation in the constitution-making process runs the risk of worsening existing ethnic tensions. The possibility of this becomes even stronger when considering the likelihood that potential spoilers – disgruntled individuals or political leaders – will use misleading campaigns or disinformation to undermine the process. As evidenced in South Sudan's divisive politics, people tend to believe what their leaders tell them.

What this approach would mean for the CMPA

My suggestion is to think about a more realistic approach to higher law making in South Sudan, evaluating what is feasible and worth the cost. Given the challenges outlined

above, popular participation is impractical and the outcome it is likely to produce may not justify the expense.

The process should be entrusted to experts with parliamentary oversight. If this suggestion were to gain traction with stakeholders, primarily the peace parties, parliament would be required to revise the CMPA to repeal parts that require popular participation. It is the responsibility of parliament to ensure the process is designed more efficiently, bearing in mind the scarcity of resources.

Dimitrios Parashu

Comme il faut!

Wie der senegalesische Verfassungsrat die Verfassung des Landes schützt

doi: 10.59704/096f01acb4507cc1

Die[1] Anfang Februar 2024 erfolgte, etwas fadenscheinig anmutende Ankündigung des (noch amtierenden) Staatsoberhauptes des Senegal, Chérif Macky Sall, die zum 25. Februar 2024 angesetzten, regulären Präsidentschaftswahlen aus Gründen von Streitigkeiten über das nationale Wahlgesetz *ad interim* auszusetzen, ließ aufhorchen.

Seit seiner Unabhängigkeit im Jahr 1960 hatte der Senegal, mit der Ausnahme einiger Startschwierigkeiten insbesondere in den 1960er Jahren, denn erst seit Mitte der 1970er Jahre existiert ein Mehrparteiensystem, das vergleichsweise ungestörte konstitutionelle System einer (naturgemäß französisch anmutenden) Präsidialrepublik aufbauen können. Vergleichsweise bedeutet hier, dass der Senegal ungleich etlicher anderer Staaten in seiner geographischen Nachbarschaft bis dato keine Militärputsche oder andere ultimativ fatale Verfassungskrisen erlebte – auch wenn man einlenken muss, dass es insbesondere in den letzten Jahren Abstriche hinsichtlich des demokratischen Systems dort gegeben hat. Wie etwa der Vorreiter der Idee einer Teilnahme Griechenlands an den Europäischen Gemeinschaften, König Pavlos I. der Hellenen, bereits 1957 überaus zutreffend bemerkte:

> "*sofern in der weiteren Nachbarschaft eines Staates Militärbewegungen ausbrechen, ist es eine Frage der Zeit, dass auch in jenem Staat Putsche stattfinden*".[2]

Durch die Aktion des Präsidenten kann es also nicht zum für Ende Februar 2024 geplanten Urnengang kommen – was seine eigene Amtsdauer künstlich prolongiert. Diesen Vorgang hat nun der Verfassungsrat des Senegal (Conseil constitutionnel) gerügt und schützt das Land damit wieder einmal vor verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten.

Politischer Hintergrund

Chérif Macky Sall wurde bei den Präsidialwahlen 2012 zum ersten Mal in dieses Amt gewählt und bei den Folgewahlen 2019 wiedergewählt: Die ursprünglich siebenjährige, einmal erneuerbare Amtszeit des Staatspräsidenten wurde durch die Verfassungsänderung 2016[3] auf jeweils fünf Jahre und maximal zwei aufeinanderfolgende Amtszeiten reduziert (Art. 27 Sätze 1 und 2 Verf.). Die Regelung sollte freilich erst bei der auf die Wahl 2019 folgenden, also der im Februar 2024 stattfindenden Wahl greifen.

Sall wird bereits seit Beginn seiner Amtszeit von seiner liberalen Partei *Alliance pour la république* (APR) unterstützt, die sich in einer, zuletzt bei der Parlamentswahl 2022 bestätigten, Dauerkoalition mit drei weiteren politischen Parteien befindet. Rein exemplarisch hatte er schon im Herbst 2013 recht eigenmächtig den Premierminister ausgewechselt, was in gewisser Hinsicht wohl ein Vorbote der aktuellen politischen Entwicklungen im Senegal gewesen ist.

Das letzte Wort: der senegalesische Verfassungsrat

Art. 91 der Verfassung legt in unmissverständlicher Form fest, dass die Judikative die ranghöchste Autorität Senegals in Verfassungsfragen darstellen soll. Zu dieser zählt seit dem Jahr 1992 ganz fundamental der Verfassungsrat. Dieser besteht kraft aktueller Verfassungslage aus sieben Personen, namentlich dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und fünf Mitgliedern (Art. 89 Satz 1 Verf.), die für eine sechsjährige Amtszeit bestellt werden (Art. 89 Satz 2 Verf.). Erneute Bestellung in dieses Amt ist seit der

[1] Zur besseren Lesbarkeit des Beitrags wurde das generische Maskulinum verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich jedenfalls –sofern nicht anders kenntlich gemacht –auf alle Geschlechter. Bezüge zu Amtsträgern, politischen Entwicklungen und Wahlergebnissen sind Dimitrios Parashu, Wahlergebnisse der Welt (Bd. 3, Afrika; unveröffentlicht), entnommen.

[2] Vgl. König Konstantin. Ohne Titel. Bd. 1 (Βασιλεύς Κωνσταντίνος. Χωρίς Τίτλο, Τόμος Α' (unter Mitarbeit von Georgios P. Malouchos), Athen 2015, S. 248/249 (auf Griechisch; Übersetzung ins Deutsche durch den Autor); dies war freilich in gewisser Hinsicht prophetisch für Griechenland (Militärputsch 1967).

[3] Loi n° 2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution (JORS numéro spécial 6926 du 7 avril 2016, p. 505).

großen Verfassungsrevision von 2016 ausdrücklich *nicht* möglich (Art. 89 Satz 6 Verf. i.V.m. Art. 3 des Organgesetzes[4]). Dieser Umstand soll offensichtlich einer allzu großen Machtkonzentration in Händen der Verfassungsrichter vorbeugen.

Interessant ist insbesondere die Zusammensetzung: Die Verfassungsrichter (inkl. des Präsidenten der Kammer, vgl. Art. 89 Satz 4 Verf.) sollen vom Staatspräsidenten bestellt werden, darunter mindestens zwei aus einer vom Präsidenten des Parlaments (*Assemblée nationale*) vorgelegten Liste von vier prominenten Persönlichkeiten (Art. 89 Satz 3 Verf.).

Der letztgenannte Passus ist überaus vage (wie definiert sich Prominenz?), und wird durch das Organgesetz (Art. 4) allenfalls peripher, materiell allerdings überhaupt nicht behandelt: Letzteres stellt nämlich auf die fachliche Qualifikation ab – insofern können hier nur Höchstrichter, Generalstaatsanwälte, Rechtsprofessoren, Spitzen der Verwaltung oder Rechtsanwälte als Verfassungsrichter kreiert werden, sofern ein Kandidat eine mindestens zwanzigjährige Berufserfahrung aufweisen kann. Letzteres bietet zwar eine fachliche Gewähr, kann aber nicht das mutmaßliche Handverlesen von Verfassungsrichtern verhindern. Diese verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Grundlagen sind also vergleichsweise[5] sehr abstrakt. Zudem waren seit 2012 stets Politiker der angeführten Regierungskoalition Vorsitzende der *Assemblée nationale*, zunächst eine Dekade lang Moustapha Niasse, seit 2022 Amadou Mame Diop.

Die aktuelle Kammer des Verfassungsrates wurde (angesichts der bereits knapp zwölfjährigen Amtszeit des Amtsinhabers nicht verwunderlich) von Staatspräsident Chérif Macky Sall bestellt. Trotz dieses Umstandes wandte sich der Conseil constitutionnel Mitte Februar 2024 vehement gegen das Staatsoberhaupt und erklärte die präsidial angekündigte Wahlverschiebung für verfassungswidrig. Zudem ordnete der Rat baldmögliche Neuwahlen an.

Theoretische Kompetenz

Dies entspringt einer der wichtigsten Kompetenzen des Verfassungsrates, die im frankophon beeinflussten Verfassungskontext seit jeher eine signifikante Rolle einnimmt: Das zweitwichtigste Kompetenzfeld des Verfassungsrates, nach der abstrakten Normenkontrolle, ist nämlich die Wahlprüfung. Dazu gehören allgemein die Kontrolle der Erfüllung der Wählbarkeitsvoraussetzungen der Kandidaten für die Präsidentschaftswahl, die Entscheidung über Anfechtungen dieser Wahl, die Veröffentlichung des amtlichen Endergebnisses und die Abnahme des feierlichen Amtseides des gewählten Kandidaten. Der Verfassungsrat bestätigt etwa alle Kandidaten einer Präsidentschaftswahl und nur er kann (ausdrücklich lediglich im Todesfalle eines Kandidaten) eine Wahlverschiebung anordnen (Art. 29 Sätze 1, 3 Verf.).

Maximal 45, mindestens 30 volle Tage vor Ablauf der Amtszeit eines Staatspräsidenten[6] muss der Urnengang stattfinden (Art. 31 Abs. 1 Verf.); und 29 volle Tage hiervor veröffentlicht der Verfassungsrat die Kandidatenliste (Art. 30 Satz 1 Verf.), wie im Januar 2024 geschehen.

Keine „Mauschelei“

Noch-Präsident Sall reagierte umgehend auf den Beschluss des Verfassungsrates und machte deutlich, dass die Präsidentenwahl alsbald durchgeführt werden soll. Stand heute (18. Februar 2024) ist noch kein neuer Wahltermin bekannt – es erscheint als zweifelhaft, ob das ursprünglich avisierte Datum, der 25. Februar, schon aus logistischen Gründen haltbar ist. Es steht dem Senegal zu wünschen, dass die Ankündigung von Sall kein leeres Wort bleiben wird. Es ist jedenfalls zunächst einmal beruhigend, dass die sachliche Verfassungsautorität des Conseil constitutionnel hier auf den ersten Blick keine “Mauschelei” erlaubte.

Dieses Verfassungsorgan, von Haus aus dafür zuständig, die senegalesische Verfassung gegen Verletzungen jeglicher Art zu schützen, wird zwar wie beschrieben *qua* Rechtslage in einer Form kreiert, die hinsichtlich der per-

[4] Loi organique 2016-23 n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel (JORS numéro spécial 6946 du 15 juillet 2016, p. 927).

[5] Vgl. etwa Dimitrios Parashu, Der Verfassungsrat der Elfenbeinküste in: Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) 3/2011, S. 367 ff. (371 ff.); denselben, Der Verfassungsgerichtshof der Republik Gabun, in: Zeitschrift ‘Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)’ 4/2016, S. 416 ff. (419 f.).

[6] Die letzte Wahl fand am 24. Februar 2019 statt, und Sall wurde Anfang März 2019 für seine zweite und letzte Amtszeit vereidigt (gem. Art. 37 Verf.).

sonellen Zusammensetzung Skepsis einer (zu) großen, einschlägigen Einflussnahme des Staatspräsidenten nach sich ziehen kann. Im vorliegenden Fall hatte diese Skepsis der personellen Zusammensetzung aber (bis dato) keine Rechtfertigung, sondern spricht vielmehr für eine Stärke des Systems, da der Conseil constitutionnel in sehr klarer Form deutlich machte, dass mit ihm keine der Exekutive beliebende Auslegung der Verfassung möglich ist.

Die reichhaltige Erfahrung der Kammer in Fragen der Wahlgerichtsbarkeit[7] und die, insbesondere seitens der anderen Gewalten, diskussionslose Annahme dieser Rechtsprechung kann ein Indiz dafür sein, dass dem Senegal wahrscheinlich auch diesmal weitere verfassungsrechtliche Schwierigkeiten erspart bleiben.

[7] Verfassungsrechtliche Prüfung u.a. von vier Präsidentschaftswahlen im Februar 1993, Februar–März 2000, Februar 2007 und Februar–März 2012; von sechs Parlamentswahlen im Mai 1993, Mai 1998, April 2001, Juni 2007, Juli 2012 und Juli 2017; von zwei Senatswahlen im Januar 1999 und August 2007; von zwei Referenden im Januar 2001 und März 2016.

Carolina Fernández Blanco, M. Victoria Kristan

The Year of the Defense of Life, Liberty and Property

Javier Milei's Omnibus Executive Order

doi: 10.59704/5ca3b673c2b80e05

On December 10, economist Javier Milei was inaugurated as the new President of Argentina. Argentina is currently experiencing significant transformations, accompanied by a climate of considerable uncertainty. Milei's inaugural speech, notably delivered outside the parliamentary precinct in a move reminiscent of the American presidential inauguration, laid out what are likely to become the slogans of his administration "There is no money". He repeatedly emphasized that Argentina is facing financial constraints, indicating that the population should prepare for a period of significant economic sacrifices. His primary goal is to reduce the size and expenses of the state and to deregulate productive activities. With this aim, within ten days of taking office, President Milei issued Executive Order (DNU) 70/23, titled "Bases for the Economic Reconstruction of the Argentine Republic." This executive order is unprecedented in Argentina's history for its ambitious scope, addressing a wide range of issues in a single directive. In this blogpost, we map some constitutional questions that arise with Milei's choice of implementing his governmental agenda via Executive Order, including their status in Argentina's constitutional system and available mechanisms for congressional and judicial control.

An omnibus executive order

Termed an "omnibus" executive order, it encompasses various topics that, on the surface, appear unrelated. The order's preamble claims these measures, whether directly connected or not, are essential and urgent in response to Argentina's severe economic crisis. However, it lacks a detailed explanation of the specific needs and urgencies that justify such comprehensive action. This omission leaves the justification of its exceptional nature to the interpretation of the Argentine judiciary, particularly whether the urgent need to prevent a social and economic disaster can legitimize such sweeping changes. To grasp the extent of DNU 70/23, consider that it repeals or amends over 300 laws, most of which were enacted by Argentina's Congress – representing the population's deputies and the provinces' senators – and some from dictatorial periods. The decree, with 366 articles, touches on an array of subjects including state deregulation, tourism, sports, culture, foreign land sales, pharmacy operations, credit card regulations, the National Yerba Mate Institute, labour laws, amendments to the Civil and Commercial Code, and the repeal of the rental law, among others.

Executive Decrees (DNUs) are not only constitutionally entrenched in Argentina but have also been accepted in constitutional practice, though their use is intended to be exceptional. Article 99 of the Argentine Constitution establishes the powers of the President and, within its third section, specifies exceptional circumstances under which it becomes impracticable to follow the standard legislative process through Congress, necessitating urgent executive action. However, it explicitly prohibits such decrees from covering criminal, tax, electoral, or political party regime matters. This limitation is logical, given the sensitive nature of topics like criminal and tax law, and the potential for bypassing parliamentary debate to shift a democratic regime towards authoritarianism or to consolidate power within the executive branch. DNU 70/23 adheres to these constraints, avoiding the excluded subjects.

Congressional oversight of DNUs

Before 2006, there was no specific legislation governing the legislative control of the legitimacy of Executive Decrees (DNUs) in Argentina, leaving the only recourse against them claims of unconstitutionality before the judiciary. However, in 2006, Act 26,122 was enacted, introducing a framework for congressional oversight of DNUs. Congress's control does not extend to evaluating the effectiveness or outcomes of the decisions made within a

DNU. For example, Congress is not empowered to assess whether the repeal of the rental law will lead to lower rental prices or increase the availability of rental properties. Instead, Congress's purview is to ascertain whether the preconditions for issuing a DNU are met concerning its subject matter. Essentially, Congress examines whether an urgency exists so critical that it warrants bypassing the standard parliamentary process, as in the case of the rental law. A DNU remains in effect unless both chambers of Congress explicitly reject it.

Determining the necessity and urgency of an Executive Decree (DNU) becomes exceedingly complex when it addresses not just a single high-impact issue like the rental law, which has significant repercussions for the Argentine population but also encompasses dozens of other topics, each embedded within its unique context. This complexity turns the question of the DNU's legitimacy into a veritable labyrinth, presenting an already challenging task that becomes even more daunting due to the breadth and depth of issues it covers.

Sidestepping bicameral consent

The complexity of evaluating an Executive Decree (DNU) under Act 26,122 is further amplified by the procedural requirements it establishes. The law mandates the creation of a Bicameral Commission tasked with examining the DNU and providing a non-binding opinion to both legislative chambers – the lower house and the upper house. These chambers are then responsible for deciding whether to approve or reject the DNU based on an absolute majority vote of the members present (half plus one of those present, not of the total membership). However, a significant and somewhat problematic aspect of the law is that there is no specified deadline for the chambers to make this decision. This loophole has led to many DNUs languishing in limbo, effectively in force indefinitely, as they sit unaddressed, sometimes for years, due to the lack of an explicit rejection (see p. 29). Given the significance of certain DNUs, it's unlikely they would be overlooked in this manner, but the question remains whether they will be approved or rejected. In the case of highly impactful DNUs, they would probably find approval, especially in the upper house, where the government may have sufficient allies to secure an absolute majority, thus ensuring the DNU's enactment. This scenario underscores the complexities and potential for strategic maneuvering within Argentina's legislative process regarding the approval and enforcement of executive decrees.

The logic – or perhaps the illogic – behind Act 26,122 reveals a curious paradox in the governance of Executive Decrees (DNUs) in Argentina. A DNU has the power to repeal laws that have been deliberated and passed by both legislative chambers, and it can also introduce new laws or amend existing ones, which would typically require bicameral consent. However, the process for Congress to expressly revalidate a DNU simplifies this rigorous standard. To revalidate a DNU, only the approval of one chamber is necessary, or the inaction (silence) of either or both chambers suffices. It is only when both chambers explicitly reject the DNU that it loses its legislative status. This procedure becomes even more complex when dealing with an "omnibus" DNU, which covers a wide range of topics in a single decree. Given this broad scope, legislators might agree with some aspects of the DNU while disagreeing with others. Yet, the DNU must be accepted or rejected in its entirety as presented by the President, without any possibility of modification. This all-or-nothing approach complicates legislative decision-making, especially when an omnibus DNU includes provisions that elicit divided opinions among lawmakers.

Diffuse judicial control

This peculiar system of congressional "control" over Executive Decrees (DNUs) has invariably favoured their survival. Since the enactment of Act 26,122 in 2006, not a single DNU has been rejected, allowing them to consistently pass through this form of oversight unscathed. Consequently, the only recourse for challenging a DNU that Congress does not reject is through judicial review on grounds of constitutionality. In Argentina, such constitutional scrutiny is characterized by its diffuse nature; any judge, across any jurisdiction and at any level, has the authority to declare a law – or in this context, a DNU – unconstitutional. This approach contrasts with the "concentrated" models seen in other countries, where only a Constitutional Court or similar tribunal possesses the power to conduct constitutional reviews. This feature of the Argentine system opens up a broader avenue for legal challenges against DNUs, allowing for preemptive injunctions even before Congress has decided their legitimacy.

In the diffuse approach to constitutional review, when a judge declares a law unconstitutional, such a ruling applies only to the specific case at hand, without setting a broader legal precedent. This means that a challenge to

the constitutionality of a law or a DNU cannot be made in the abstract. Even if a judge rules in that a particular individual was negatively affected by the repeal of the rental law through a DNU, the judge's decision would apply solely to that dispute. The DNU would continue to apply to the general population, excluding those few who have successfully challenged it. This could create a patchwork legal landscape whereby the rental law remains generally in effect safe those who could secure a judicial exemption. This poses significant challenges to "legal certainty," a principle deemed vital by the government for attracting investment and fostering productivity.

The possibility of collective injunctions

An alternative approach is available through the mechanism of collective injunctions, as outlined in Article 43 of the National Constitution, which allows for legal action on behalf of a group of individuals affected by a common issue. Leveraging this constitutional provision, various organizations, have filed collective injunctions. The General Confederation of Labor, e.g., submitted a collective injunction on behalf of all workers impacted by the labour reforms introduced in the DNU, which is pending resolution.

Despite the numerous injunctions filed across various jurisdictions, particularly within labour and administrative courts, the focal point of the debate on the future of the DNU is centred on the unconstitutionality claim brought forth by the Province of La Rioja. This case is set to be directly addressed by the Supreme Court, as Article 117 of the Constitution stipulates that cases involving a province fall under the Court's original jurisdiction. The Supreme Court has indicated it will examine the case after the judicial recess in January. Notably, the Supreme Court has the authority to assess the DNU for both its constitutionality and potential partial unconstitutionality, unlike Congress. Therefore, it would not be surprising if the Court's verdict applied different criteria to various aspects of the DNU, distinguishing between those issues where it deems the government's claims of urgency and necessity insufficient to bypass Congressional oversight and those where it does not.

Why such a bold strategy?

President Milei's vision for governance, particularly in the economic realm, is considered radical. The government asserts that a gradual implementation of this vision is unfeasible due to the lack of necessary financing options currently available to Argentina. As a supplementary measure to the previously discussed DNU, the government has introduced an Omnibus Bill to Congress for standard deliberation. The proposed bill encompasses over 300 articles aimed at modifying or annulling various laws that were not addressed in the DNU. This bill pertains to matters the government does not consider to be of immediate urgency, thereby granting legislators the latitude to approve it in parts. On February 2, the lower house passed the bill in general terms, with the intent to subsequently review and vote on each article individually. However, as the article-by-article discussion began to diverge from the original draft, President Milei instructed the withdrawal of the draft, resulting in its reversion to legislative committees for further consideration. The following day, representatives from Milei's party in the lower house introduced legislation seeking to overturn Argentina's law on free abortion, which was enacted in 2020. This new bill is notably more stringent, proposing to criminalize all abortions, including those resulting from rape. Many legislators who had either voted against the government's omnibus bill or suggested amendments to it were also advocates for repealing the decriminalization of abortion.

The future will reveal whether governing by decree will solidify as a lasting approach. In the meantime, President Milei has declared, through Executive Order 55/2024 dated January 19, that the year 2024 will be celebrated as the "Year of the Defense of Life, Liberty, and Property." The fate of this declaration rests in the hands of congress members, who, breaking from tradition, worked actively during the typically quiet month of January, and judges, set to return to their duties in February. Their decisions will determine whether the vision Milei has for the year will come to fruition.

Please note that the political landscape in Argentina is highly dynamic and subject to rapid change. The information and context provided here reflect a snapshot of ongoing political events, which can evolve or shift unexpectedly.

Samuel Issacharoff

Trump's Trials for Democracy

doi: 10.59704/67c74499fd6f8191

It is hard to imagine a stable democracy having to confront the legal challenges presented by Donald Trump's bid for reelection. Courts have found him to be responsible for sexual assault, defamation and fraud, all in relatively quick succession. Yet he continues to be the commanding figure in the Republican Party and, by most polling accounts, the single dominant candidate for the presidency this year. The charges against him thus far are civil claims that have no formal bearing on his bid for office. Nor do they seem to affect public opinion as the polarized electoral environment has little intermediate play that might be swayed by scandal, legal condemnation, or even the sense that enough is enough.

Pending now are four sets of criminal charges that range from the marginal (the NY prosecution for paying hush money to a porn star mistress) to the serious (election interference in Georgia, misuse of government documents in Florida, and electoral obstruction in Washington). While the NY case is set to proceed to trial this spring, the others are caught up in legal brambles ranging from the bizarre (extramarital affairs among the state prosecutors in Georgia) to the difficult (can one bring criminal charges against Trump for public declarations while he was still president?).

The President's two bodies

American law has tried to grapple with what Harvard law professor Daphna Renan terms the president's two bodies, the individual who must be accountable to legal norms, and the head of state whose actions are primarily judged politically. The most recent opinion by the D.C. Circuit Court of Appeals repeatedly invoked both concepts in ruling that Trump could be tried criminally for his efforts to prevent the formalization of President Biden's election on January 6, 2021. For all the rhetorical invocation of the maxim that no man is above the law, there is also the recognition that the president "occupies a unique position in the constitutional scheme," as framed by the Supreme Court.

As unfathomable as it might be, none of these criminal cases stand as an obstacle to Trump being selected as the Republican nominee nor even of being elected. Even were Trump to be convicted in one of these cases before the November election, there are fraught issues on appeal that will stretch well beyond the electoral cycle. Democracy is always at risk of becoming an "aristocracy of orators," per Hobbes, or succumbing to the temptations of passion, as Thucydides wrote of ancient Athens. Still, it is painful to watch the lack of democratic resilience play out in real time and with dangerous repercussions not just in the U.S., but in Ukraine, the Middle East and beyond.

Taken together with repeated acts of demagogy and cruelty, the various legal proceedings reinforce the sense that Trump simply does not belong within the bounds of legitimate democratic contestation. For European observers, this draws up the post-WW II debates over militant democracy, the realization that there must be limits to what is permitted within democratic tolerance. Goebbels once quipped: "This will always remain one of the best jokes of democracy—that it gave its deadly enemies the means by which it was destroyed." Once tragedy, never again.

Section 3's rise from obscurity

Enter an obscure, never invoked provision of the U.S. Constitution, a remnant of America's experiment with militant democracy and lustration to keep political control after the Civil War between the Union under Lincoln and the slaveholding South. Under Section 3 of the Fourteenth Amendment, public officials who engage in insurrection or gave material aid to an enemy are presumptively disqualified from federal elective office. The provision was written at a time when keeping Confederates who had lost the war from assuming office in the post-Civil War South was an obvious need, and quite obvious in its implementation. Unfortunately, time has eroded whatever evident application this provision was intended to have. The text is a lawyer's nightmare of distinctions

between offices and officers, oaths in specific prior capacities, and even the reliance on the uncertain term of insurrection.

So great is the sense of dismay that Trump may render lasting harm to American democracy that two states, thus far, turned to the language of Section 3 to find Trump ineligible to appear on primary ballots in those states. One of these acts was taken unilaterally by the Maine Secretary of State as a matter of official fiat, assessing the question of whether January 6 was an insurrection as a ministerial matter, akin to the constitutional requirement that the president be 35 years old. The Colorado decision was the product of judicial proclamation, and so it is now presenting the Supreme Court with its first opportunity to oversee presidential selection under this constitutional provision.

The Supreme Court's considerations

At the oral argument last week, it was evident that two considerations weigh on the Supreme Court, quite independent of the formal dissection of the obscure constitutional language. The first is a familiar problem in law that the question of what is the right answer must follow and not precede the question of who should decide the issue. Can it really be that one public official in Maine can remove a national presidential candidate on her own say-so? Can it be that Colorado, even with greater legal process, can decide that the candidate of choice of another state can be removed from national eligibility? And how can it be that a Democratic-leaning state such as Colorado banning Trump will not beget a Republican-leaning state such as Missouri not retaliating by finding that Biden is also giving comfort to America's enemies across the southern border? As I previously wrote, "down that path lies nothing good for democracy."

The doctrinal mooring for this institutional concern is unclear. There is reference in Section 3 of the ultimate power of Congress to oversee disqualification and there is the general enforcement provision in Section 5 of the Fourteenth Amendment which places the implementation of constitutional guarantees in the hands of Congress as well. Perhaps, as I have suggested previously, the Court might find that Colorado and Maine were not free to act absent congressional implementation. What became clear at the oral argument was that the Court, perhaps even unanimously, recoiled with some horror at the prospect of a balkanized electoral system using disqualification to predetermine electoral results. There was no mistaking the institutional tones in the questions, particularly those of Chief Justice Roberts, and Justices Kagan and Barrett.

The (f)utility of militant democracy

More troubling than the doctrinal nuances is a deeper question about whether disqualification or exclusion of insincere democrats can really work. Every European country now has some form of militant democracy power in its arsenal. Yet the examples of successful use are scant. It is possible to ban parties that have their loyalties manifestly with the enemies of democracy. In Germany, the banned Socialist Reich Party was an obvious invocation of the Third Reich, complete with symbols, uniforms and ideology. Similarly, the German Communist Party was dissolved in 1957 upon a finding that it served as the propaganda arm of East Germany, at the time a foreign enemy. These examples say little about the new populist parties that are not loyal to alien authority but emerge from vehement opposition within the current democratic order. And, in reality, by the time of the banning of both the Socialist Reich Party and the Communist Party, West German democracy was consolidating with strong military oversight from NATO. The party bans played no major role in democratic stabilitzation.

Militant democracy tends to be invoked too early or too late. Germany may today remove legal benefits from the neo-Nazi National Democratic Party, but that follows an earlier ruling that the NDP was too inconsequential as a political force to justify an actual party ban. On the other hand, hundreds of thousands of Germans rally to protest the real menace posed by the right-wing AfD. At this point, however, the AfD has major backing in the electorate and it won the most votes in recent legislative elections in an area which strikingly retraces the map of former East Germany. It should give pause that 35 years after reunification there is a push to remove the revealed voting preferences of former East Germany from electoral consideration – in the name of democracy, no less.

Which brings us back to Trump. Only three years ago, then President Trump received close to 75 million votes in his bid for reelection. He continues to command the Republican Party, a foundation of American democracy for almost two centuries. Removing him from the ballot in states where Democrats already command might seem expedient but will likely just cement existing divisions. Democracy must ultimately depend on the collective wisdom of the demos, even in moments of doubt.

Mark A. Graber

Who's Afraid of Militant Democracy, U.S. Style

doi: 10.59704/784c79b3836cdc32

The United States adopts a different approach than many other constitutional democracies to disqualifying persons from public office. Many constitutional democracies disqualify parties whose platforms are inconsistent with certain fundamental democratic principles. The United States disqualifies persons whose actions are inconsistent with certain fundamental democratic principles. Section Three of the Fourteenth Amendment, framed in 1866 and ratified in 1868, declares:

> *No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof.*

President Abraham Lincoln captured the essence of this provision in his July 4, 1861, message to Congress when he declared, "when ballots have fairly and constitutionally decided there can be no successful appeal back to bullets." Past and present officeholders in the United States who resort to violence after losing votes may not hold present or future office.

Professor Samuel Issacharoff of New York University Law School, one of the most distinguished professors of comparative and election law in the world, would sharply cabin if not eliminate American-style militant democracy. He notes problems with determining who disqualifies. He asks, "Can it really be that one public official in Maine can remove a national presidential candidate on her say-so?" He worries about interpretation. Section Three, in his view is "a lawyer's nightmare of distinctions between offices and officers, oaths in specific prior capacities, and even the relance on the uncertain term of insurrection." Finally, he questions the utility of militant democracy. Professor Issacharoff questions "whether disqualification or exclusion of insincere democrats can really work.

Professor Issacharoff and I, as well as every proponent of disqualification I know of, agree on a basic point. Right-wing populist authoritarianism cannot be defeated by legal decree. In the long run, the political forces that brought such figures as Donald Trump, Benjamin Netanyahu, and Victor Orban into power must be defeated at the ballot box for liberal constitutional democracy to survive. If popular majorities do not favor persons committed to the rules of liberal democracy, liberal democracy becomes a contradiction. Government by the people cannot be maintained by means other than government by the people.

Disqualifying individual candidates who resort to violence when they lose the vote, however, does not raise the difficulties that concern Professor Issacharoff and are consistent with democratic rule. No single person acting alone may keep a presidential candidate off the ballot. The constitutional rules as applied to Donald Trump and the events of January 6 are clear. American style disqualification of individual candidates prevents popular majorities from being de facto disenfranchised while permitting voters to vote for candidates who advocate anti-democratic principles as long as those candidates do not resort to bullets after losing the ballots.

No single official in the middle of nowhere or local institution in the United States can unilaterally disqualify a major party candidate or any candidate for office. Local officials in the United States often initiate controversies as part of their responsibility to implement the law. Persons are sentenced to death only when the local prosecutor decides to pursue capital punishment. People are sanctioned for speech only when a local police officer determines that a speaker is not protected by the Constitution. The convicted are executed and persons jailed for speech only after numerous other officials, including the

justices on Supreme Court of the United States, review and affirm the decisions of local officials.

Constitutional disqualification requires the same procedures used when other constitutional provisions are implemented. The Maine Secretary of State made an initial decision to disqualify Trump. Her decision was appealed to the Supreme Court of Maine. The Maine decision may be appealed to the Supreme Court of the United States. At any time, the Maine state legislature and Congress of the United States may pass legislation that forbids or more clearly authorizes the Maine Secretary of State to determine whether candidates are qualified to run for the presidency in that state. Trump or any other candidate can be disqualified for public office only if the Supreme Court of the United States rules that Trump is subject to constitutional disqualification and only if the Congress of the United States does not intervene and establish new procedures for constitutional disqualification. This is a far cry from government officials being disqualified on the say-so of a single individual or local institution.

The structure of constitutional politics prevents to the extent humanly possible "tit-for-tat" strategies. Presumably, the Supreme Court of the United States or some other institution will not let a local official disqualify President Joseph Biden merely because that official disagrees with Biden's immigration policy, any more than the Supreme Court will allow a red state court to find Biden guilty of financial improprieties as revenge for the New York courts making the same finding with respect to Trump. If courts are willing to allow people to be framed because others have been legitimately sanctioned, the United States is in far more trouble than can be resolved merely by abandoning Section Three.

Claims that Section Three is a "lawyer's nightmare" are ahistorical. Many Democrats complained bitterly about constitutional disqualification, but none complained that the constitutional provision was vague or hard to interpret. Professor Issacharoff acknowledges that former confederates and their northern supporters knew exactly who was disqualified for what. When opponents of the Fourteenth Amendment cried "vague" their focus was on the privileges and immunities, equal protection, and due process clauses of Section One of the Fourteenth Amendment. If Section Three is unclear, then probably no provision in the Constitution of the United States meets clarify standards.

Historians, as opposed to Trump's lawyers, uniformly support the interpretation of Section Three advanced by those urging that Trump be disqualified. Every person who submitted an amicus brief in the Trump disqualification case before the Supreme Court who regularly attends meetings of the American Legal History Association and publishes in peer review history journals agreed that Section Three contains relative clear rules for constitutional disqualification. They point out that no one in 1866 thought a former president who had never held any office enjoyed a bizarre exemption from constitutional disqualification. When Republicans summarized Section Three, they declared that anyone who held an office that required an oath of allegiance to the United States who participated in an insurrection was disqualified from holding present and future office. I have a forthcoming essay in which I note numerous Supreme Court decisions, decisions by individual Supreme Court justices acting as lower federal court justices, decisions by lower federal court justices, decisions by state court justices, and legal treatises published between the American Revolution and the end of Reconstruction that agree on a common understanding of insurrection. An insurrection, that consensus declared, consisted of an assemblage resisting by force or violence any law for a public purpose. All persons who knowingly assisted an insurrection were insurrectionists.

The inevitable disputes at the borders of all legal rules have no bearing on whether the events of January 6 were an insurrection or whether Donald Trump participated in that insurrection. There was an assemblage. Hundreds of people breached the Capitol Building and thousands trespassed on federal land. There was clear resistance to federal law. The trespassers intended to disrupt the proceedings mandated by the Electoral Count Act. The resistance made extensive use of force. Many in the mob engaged in crimes of violence or threatened crimes of violence. Calls to "Hang Mike Pence" do not suggest an attempt to achieve goals by rational persuasion. The insurrectionists had a public purpose. They engaged in violence to prevent what they claimed was a stolen election. They were not there to steal congressional furniture that they later planned to sell on the internet.

Trump incited and participated in that insurrection. When told his tweets about a stolen election were inspiring violence against election workers, Trump intensified his rhetoric. When informed that some persons coming to Washington intended violence, Trump told them "to

be wild." Knowing that many in the crowd were armed and planning to invade Congress, Trump on January 6 urged his supporters to "Fight Like Hell." A reasonable person could conclude from the evidence at various hearings, evidence that Trump barely contested, that January 6 was not the spontaneous outbreak of violence that constitutes a riot, but that Trump from the beginning intended his words and actions to induce and support a violent effort to resist the transition of presidential power.

American disqualification differs from disqualification elsewhere by focusing on persons rather than parties. No one in the United States is disqualified from office because they have urged democratic institutions be abandoned or fomented hate against another group. The rule is simple. The only persons disqualified are those past and present officeholders who after taking an oath of allegiance to the Constitution proceeded to prevent popular majorities from implementing their chosen policy by force and violence. Liberal democracy cannot function when policy is made by force rather than reason. Voting is pointless when violence prevents popular majorities from implementing the policies they think best.

Voters in American-style militant democracy remain free to vote for candidates who promise to implement anti-democratic policies. Past supporters of Trump are free to support candidates who commit themselves to implementing all of Trump's policies. They may even vote for a candidate who promises to call Trump every day for advice on how to govern and follow that advice without deviation. What matters in the United States is that voters choose the anti-democratic candidate, not that democracy is subverted by the violent activities of the candidate who lost the vote.

Disqualifying Donald Trump is not a panacea for all that ails the United States. Disqualification may even contribute to right-wing politics. Many polls show Nikki Haley, presently the Republican alternative to Trump, running better in the national election against President Biden than Trump. The point is that Haley and Republicans other than Trump have no history of resorting to violence and fraud when they lose the vote. Disqualifying Trump will at a minimum increase the probability that whoever wins the ballots in the 2024 American national election will actually hold the offices. That seems sufficient to justify American-style militant democracy.

Omar Yousef Shehabi

UNRWA as Sui Generis

UNRWA's Palestinian Staff as Sui Generis International Civil Servants

doi: 10.59704/68b97fe421ee1225

On 30 January 2024, two United States House of Representatives subcommittees held a hearing on the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), entitled "UNRWA Exposed: Examining the Agency's Mission and Failures" and featuring testimony from the cottage industry of UN and UNRWA watchdog groups. These groups have caused UNRWA headaches for years by generating controversies over the social media activity of its local Palestinian staff (called "area staff" in UNRWA parlance) and over alleged anti-Israel and antisemitic content in the Palestinian curriculum used by UNRWA schools in the West Bank and Gaza. The Agency has challenged the methodology and the sensationalised conclusions of these groups, as has an authoritative EU-funded German study. Nevertheless, these controversies have resonated in Washington and Brussels, which have forced UNRWA to devote significant resources to staff compliance with humanitarian principles, including neutrality, and undertake ever-closer scrutiny of the Palestinian curriculum.

The hearing came days after the Agency preemptively disclosed Israel's claim to have evidence that 12 UNRWA employees participated in the 7 October 2023 attacks. Israel has separately alleged that around 1,200 Agency staff in Gaza – nearly 10 percent of its 13,000 employees in the territory – have ties to Islamist Palestinian armed groups, of whom nearly 200 are "hardened fighters, killers".

These allegations were made public on the day that the International Court of Justice indicated provisional measures which Israel must undertake to prevent genocide in Gaza, including "immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip". Although UNRWA is the largest UN entity and provider of humanitarian assistance in Gaza, at least 16 donor states and the European Union, which collectively supply the vast majority of the Agency's budget, suspended their contributions in light of these allegations. A prolonged suspension of contributions would pose an existential threat to UNRWA, a subsidiary organ of the General Assembly which is funded almost exclusively by voluntary contributions.

I suggest that we need to understand this episode as part of an ongoing and largely successful attempt to position UNRWA as a compromised, *sui generis* UN organisation which should be understood as an outlier in the law and practice of the United Nations. This strategy parallels Israel's longstanding practice of framing the question of Palestine as a *sui generis* situation which cannot be analysed or resolved with reference to general international law, a phenomenon which Israeli and Palestinian legal scholars alike have observed. This post, the first in a three-part series, explains how the current episode displays the unsatisfactory *sui generis* status of UNRWA's Palestinian staff. These area staff are scrutinised for full compliance with the standards of conduct of the international civil service without the pay, rights and protections of international civil servants, as illustrated by the Agency's "preemptive dismissal" of the staff members accused of involvement in the 7 October attacks.

The origins of UNRWA's area staff

The workers now called UNRWA area staff were not originally envisaged as international civil servants. The General Assembly established UNRWA in resolution 302 (IV) of 1949 to implement the "direct relief and works programmes" for Palestine refugees recommended by the UN Economic Survey Mission for the Middle East. The Mission had sought to effectuate the American preference that Palestine refugees be resettled rather than repatriated, although resolution 194 (III) of 1948 had established that Palestine refugees "wishing to return to their homes and live at peace with their neighbours should be permitted to do so at the earliest practicable date". The Mission bizarrely described their mass expulsion from Mandatory Palestine as "both a symptom and a cause" of their dire conditions of life in exile. It saw Palestine refugees as

"reservoirs of idle manpower" – hordes of cheap labour for grandiose development projects in the Arab host states. These labourers, so conceived, bore nothing in common with the UN Charter's vision of the international civil servant as defined in article 100, whose wages would equal the world's best-paid national civil servants under the Noblemaire principle. Resolution 302 accordingly directs the UNRWA Commissioner-General to "select and appoint his staff in accordance with *general arrangements* made in agreement with the Secretary-General", not under the UN staff regulations and rules *verbatim*. UNRWA thus maintains distinct regulations and rules for its area staff.

UNRWA was not mandated to pursue repatriation or resettlement of Palestine refugees. The General Assembly vested that responsibility in the UN Conciliation Commission for Palestine. The UNCCP has been moribund since concluding in 1951 that it had become "impossible…to carry out its mandate" because the concerned states were unwilling to implement the terms of relevant General Assembly resolutions, including Israel's refusal to allow the repatriation of Palestine refugees. And thus UNRWA's works programmes have toiled on. The *raison d'etre* of the works programmes today, to the extent they retain one, is purely Realist: conflict management in the absence of a political horizon ("regional stability" in American English). In that context, UNRWA today employs over 30,000 staff members, of whom roughly 300 are international staff. The remainder are Palestinian area staff. Over 90 percent are Palestine refugees themselves.

As I have said elsewhere, the events of 7 October were heinous acts of violence and the participation of certain UNRWA staff in those acts, if confirmed, is inexcusable. Two of the staff allegedly involved were reportedly killed and one is unaccounted for. UNRWA dismissed the other nine staff members shortly after an Israeli diplomat informed the UNRWA Commissioner-General that Israel had evidence of their involvement in the attacks, although Israel has not shared that evidence with UNRWA or the UN Secretariat's investigative office. Nor has any donor state, including the United States, independently verified Israel's claims, as one might expect given its recent history of unsubstantiated claims. The Agency has since said these staff members were "preemptively dismissed." This "preemptive dismissal" was politically necessary for UNRWA: the US called it a "crucial first step" towards restored funding. But it is dubious as a matter of UN practice.

"Preemptive dismissal" and the UN Internal Justice System

The UN and UNRWA staff regulations and rules do not authorise the Secretary-General or the UNRWA Commissioner-General to fire staff preemptively for alleged misconduct, even that causing grave reputational or financial harm. The most severe disciplinary measure in the UN regulatory framework, dismissal, follows an investigation, notice of substantiated allegations and an opportunity to respond. A former Assistant Secretary-General who misappropriated over $60 million in UN funds was kept on administrative leave for a year while this investigative and disciplinary process played out. When presented with credible allegations of grave misconduct that, if proven, would constitute crimes of a serious nature, UN practice is to suspend staff without pay pending investigation and to refer potential crimes to national authorities through its Office of Legal Affairs upon the completion of internal investigative processes. The UN legal framework for criminal accountability of staff is based on resolution 62/63 of 2007, wherein the General Assembly recalled the "original intent of the Charter of the United Nations [was] that United Nations staff and experts on mission would never be effectively exempt from the consequences of criminal acts committed at their duty station, nor unjustly penalized, without due process".

UNRWA's preemptive dismissal of these area staff without due process is more akin to the UN's policy, endorsed by the Security Council, of repatriating entire national military contingents assigned to UN peacekeeping missions where the contingent is credibly alleged of widespread sexual exploitation. The key difference is that these military personnel are not UN staff within the meaning of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (the "General Convention"). Troop-contributing states retain exclusive jurisdiction to investigate and prosecute alleged criminal conduct of members of their national contingents while on UN duty. The UN is not a state and cannot criminally prosecute its staff. Rather, under the General Convention the Organisation must "co-operate at all times with the appropriate authorities of Members to facilitate the proper administration of justice" by referring crimes of a serious nature committed by UN staff and providing appropriate assistance with national investigations and prosecutions in a manner consistent with its privileges and immunities.

Obligations without rights

This preemptive dismissal further distinguishes and subordinates UNRWA's Palestinian area staff relative to their international staff colleagues and nationally-recruited staff of UN system organisations.

In 2011, the United Nations Appeals Tribunal upheld the Agency's practice of paying hazard pay to its international staff but not its Palestinian area staff. The Tribunal stated that UNRWA area staff were historically excluded from the UN common system of salaries, allowances and benefits because they "are refugees providing to their fellow refugees governmental-type services, which they could continue to provide as civil servants upon the just resolution of the question of Palestine refugees and the termination of UNRWA's mandate". UN records from the relevant period do not conceptualise Palestine refugee labourers as national civil servants-in-waiting. However, UNRWA's Commissioner-General has similarly stated that UNRWA uses host government salaries as comparators for area staff salaries because "under a political solution, it was hoped that UNRWA staff would transition into Palestinian public institutions". UN subsidiary organs auto-determine their mandates in the first instance, subject to the parent organ's ultimate decision, just as the principal organs auto-determine their jurisdiction "in the first place". Thus the Commissioner-General's statement of policy that UNRWA area staff should transition into Palestinian public institutions might now be considered an element of UNRWA's mandate.

Moreover, UNRWA area staff are not within the security umbrella of the UN Department of Safety and Security, as their international staff colleagues are. As of writing, 152 UNRWA area staff have been killed in the current Israeli offensive.

And yet, owing to the cottage industry of UNRWA watchdog groups, the Agency's Palestinian area staff face greater scrutiny for compliance with the standards of conduct of the international civil service than virtually any other UN staff, national or international, anywhere in the world. While UNRWA area staff are not international civil servants, the area staff rules declare that a failure to observe standards of conduct of the international civil service constitutes misconduct. This means UNRWA's 30,000-plus Palestinian staff "do not have the freedom of private persons to take sides or to express their convictions publicly on controversial matters". Considering that Israel has long banned all Palestinian political factions by military order and UNRWA's largest donors have proscribed most Palestinian political factions except Fateh, these quasi-national, quasi-international area staff are always vulnerable to the claim that their personal political views, even expressed with the requisite "tact and discretion", constitute support for terrorism.

Delegitimizing staff, delegitimizing UNRWA

Delegitimising UNRWA staff who are themselves Palestine refugees and UNRWA beneficiaries inherently delegitimises UNRWA as an organisation. It also creates a permission structure for conduct which jeopardises the Agency's beneficiaries, staff, premises and other assets. The Government of Israel has made no secret of its contempt for the UN, which its ambassador to the Organisation recently said "no longer holds one ounce of legitimacy or relevance". But it considers UNRWA *uniquely* contemptuous (given UNCCP's demise) for a simple and longstanding reason that UNRWA's mandate corresponds to registered Palestine refugees and not simply to Palestinians needing aid. In the Israeli telling, UNRWA thus reifies Palestine refugee status, creates false hope of their mass repatriation to their former communities in present-day Israel, and hampers "realistic solutions" to the refugee question, *i.e.* resettlement in host states or third states. To paraphrase the saying misattributed to Ben-Gurion, the old have died and the young would have forgotten but for UNRWA. That's why Israel's prime minister said that "UNRWA's *mission* has to end", as opposed to its humanitarian assistance: delegitimising UNRWA is the predicate to reassigning responsibility for the welfare of Palestinians to "legitimate" international organisations, meaning those which will disperse aid without regard to Palestine refugee status, and thus without implicit reference to the rights of Palestine refugees as affirmed in resolution 194.

Juliette McIntyre

Why Nicaragua's Article 62 Intervention in South Africa v. Israel is Potentially Unhelpful

doi: 10.59704/79991772098d56b6

On 23 January 2024, Nicaragua applied for permission to intervene in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Intervention in genocide cases has become something of a trend in recent times, with 32 States intervening pursuant to Article 63 of the Court's Statute in *Ukraine v. Russia* and 7 States in *The Gambia v. Myanmar*.

Nonetheless, Nicaragua's intervention is a surprise because they have not invoked Article 63 but rather the Court's alternative intervention mechanism: Article 62. The Court's Statute in Article 62 provides that a third State may request to intervene in a case whenever it has an interest of a legal nature which may be affected by the Court's judgment. Since 1945, there have been ten cases in which applications to intervene were made pursuant to Article 62. Of these, only three have been successful. The Court has a discretion to decide whether the conditions of Article 62 are met, including whether the third party has established an "interest of a legal nature". Moreover, Nicaragua seeks to intervene as a party in the proceedings which is, on the Court's jurisprudence, theoretically possible but has never happened.

We are in some very new procedural territory. This post will set out some of the arguments in respect of Nicaragua's application and discuss why in the author's view this move may be well-intended but ultimately unhelpful.

The legal interest test

Nicaragua's argument appears to rest on the *erga omnes partes* nature of the obligations under the Genocide Convention. Nicaragua states that it "has interests of a legal nature that stem from the rights and obligations imposed by the Genocide Convention on all State Parties" and flow from "the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required … to liberate mankind from such an odious scourge'. In other words, if South Africa can have standing on the basis of an *erga omnes partes* obligation, other States should be able to intervene as parties because they have an equivalent legal interest. There is logic here, certainly, and scholars such as Urs and Gaja have advocated for the Court to adopt such an approach.

But the Court to date has never accepted an argument of this nature. While the Court has observed that Article 62 does not "confer upon it any general discretion to accept or reject a request for permission to intervene for reasons simply of policy", an interest of a legal nature has never been established "simply on the basis that all States have an interest in the law, and in the condition of the law". This may prove to be Nicaragua's undoing. While on its face the legal interest test for intervention and standing appear similar, intervention demands that the putative interest would be *affected* by the Court's decision. Does an order from the Court that South Africa and Israel must comply with their obligations under the Genocide Convention implicate Nicaragua's obligations? Not really. Does an order from the Court that Israel has contravened its obligations under the Genocide Convention affect Nicaragua's rights under the Convention? Not that I can see.

Moreover, the Court has previously adopted a conservative attitude towards Article 62 intervention even where a State's legal interests are successfully established. For example, the Court rejected two separate applications for Article 62 intervention from Honduras and Costa Rica in *Territorial and Maritime Dispute*. The original dispute concerned sovereignty over certain maritime features situated in the Caribbean Sea. Honduras, to the north of Nicaragua, sought to intervene as a party to obtain determination of the tripoint with Colombia, or alternatively, as a non-party to "inform the Court of its legal interests". The Court rejected Honduras' application on the basis that there was no legal interest that could be affected; a

2007 judgment had settled the maritime boundary between Nicaragua and Honduras. Costa Rica on the other hand, geographically flanked by Nicaragua and Colombia, requested intervention as a non-party to inform the Court of "the nature of Costa Rica's rights and interests of a legal nature" that could be affected by the Court's maritime delimitation in the Caribbean Sea. Both parties recognized that there were potentially overlapping maritime claims. Rejecting Costa Rica's application, the Court held by 9 votes to 7 that the third State must establish that it has an interest of a legal nature and that the object of the intervention is "proper" (both requirements satisfied by Costa Rica). However, Costa Rica also had to demonstrate that "its interest of a legal nature in the maritime area bordering the area in dispute between Nicaragua and Colombia needs a protection that is not provided by the relative effect of decisions of the Court under Article 59 of the Statute". This is because, the Court reasoned, it will always protect a third State's putative interests in maritime delimitation cases, whether or not they intervene, by ending the boundary line in question before it reaches an area in which the interests of a legal nature of third States may be involved. It is not clear that Nicaragua will be able to convince the Court that whatever legal interest it may have *requires* protection by way of intervention because it cannot be protected by Article 59. Indeed, a case such as this seems to be the very reason for the existence of Article 59 – it protects other State parties to a multilateral convention from the Court's decision, which is binding only on the parties. Implications for third parties may arise out of the interpretation of the underlying treaty, but for that reason Article 63 exists.

Establishing a jurisdictional link

In an additional twist, Nicaragua seeks to intervene as a party. Intervention does not ordinarily permit the making of claims against the original parties. However, a Chamber of the Court in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* postulated that States could intervene using Article 62 as either a non-party without a jurisdictional link, or as a party with a jurisdictional link and/or the consent of the parties. Nicaragua seeks to establish the existence of a jurisdictional link by way of Article IX of the Genocide Convention.

But this raises the question of the existence of a dispute between Nicaragua and Israel. If the existence of a dispute is treated as an aspect of jurisdiction (which is up for debate but appears to be the Court's attitude) has Nicaragua established the existence of a dispute between itself and Israel? Indeed, we are in such new territory that it is not entirely clear whether Nicaragua would need to establish the existence of a dispute with both parties or whether only one would suffice. Could one party consent and one demand the existence of a jurisdictional link including the existence of a dispute? A pragmatic attitude would suggest that this is a logical position to adopt but in *Continental Shelf (Libya/Malta)* the Court rejected Italy's application on the basis that admitting the intervention would be tantamount to the Court deciding on the existence of Italian rights over certain areas in the Mediterranean Sea, which would introduce a new dispute in the proceedings; and that it could not do without the original parties' consent. The Court preferred that, in such a situation, the third State should institute its own proceedings and request that the two proceedings be joined.

Conclusion: well-intended but unhelpful

To date, the Court has appeared quite willing to accept intervention under Article 63 in respect of a multilateral treaty. Article 63 grants a right to States to intervene in a case when they are party to a multilateral treaty that will be interpreted in the Court's judgment. These interventions have added some complications to proceedings, but the Court and States are learning how to best address them. In *Ukraine v. Russia*, the Court has admitted intervenors on the papers and in practical terms was able to ensure that oral proceedings were not made overlong by restricting intervenor presentations to 15 minutes. In *The Gambia v. Myanmar*, 6 out of 7 States submitted a joint declaration of intervention, streamlining proceedings further.

By contrast, Nicaragua's actions have thrown a spanner in the works. Unless South Africa and Israel consent to Nicaragua's application, the Court will be required to hold an entirely separate round of hearings to determine its admissibility. Article 62 intervention does not begin from the premise that it is of right; if there is disagreement it will need to be fully argued. And then should Nicaragua succeed, presumably Nicaragua would need to be granted all of the rights of a party, including the submission of full suites of pleadings, the right to make full oral submissions going to all questions of jurisdiction and the merits (not merely on questions of interpretation), and possibly the right to appoint a judge *ad hoc*.

The point is, this application will drag proceedings out one way or another. And for what? The Court's final decision is no more binding on Israel than it would otherwise have been. It's unlikely that Nicaragua has evidence that it can only present on its own case, and not simply share with South Africa. Potentially it means the Court must hear and decide upon a third version of events, clouding South Africa's original case. If this case is really about addressing what the Court described as a "human tragedy" in Gaza and not just about political point-scoring, Nicaragua, by trying to help, may just have made things worse.

Michael A Becker

Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures

Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ

doi: 10.59704/6b19711edce7a00f

On 12 February 2024, South Africa requested the International Court of Justice (ICJ) to consider exercising its power under Article 75(1) of the Rules of Court to indicate provisional measures *proprio motu* against Israel in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v Israel)*. This is an extraordinary request by South Africa, coming less than three weeks after the Court indicated provisional measures against Israel on 26 January 2023. It is also very rare for the Court to act *proprio motu*, whether prompted by a state's request or otherwise.

South Africa's latest request is a response to Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu's statement on 9 February that Israel is preparing a ground invasion of Rafah in the south of Gaza. Following that announcement, Israeli forces carried out an initial assault on Rafah that served as cover for an operation that rescued two of the hostages held by Hamas. As many as 67 Palestinians were reportedly killed during the operation.

According to South Africa, approximately 1.4 million people – half of them children – are currently sheltering in Rafah following their displacement from elsewhere in Gaza. Although Israel has declared its intention to evacuate civilians, the modalities remain unclear. As EU High Representative for Foreign Affairs Josep Borrell put it: "They are going to evacuate. Where? To the moon?" UN officials, world leaders, and NGOs operating in Gaza have asserted that a large-scale military assault in Rafah would be devastating. UN Secretary-General Antonio Guterres wrote that an invasion of Rafah "would exponentially increase what is already a humanitarian nightmare with untold regional consequences".

How will the ICJ respond to South Africa's request? In this regard, the method by which South Africa seeks the Court's intervention merits attention.

Pursuant to Article 75(3) of the Rules of Court, South Africa could have submitted a fresh request for the indication of provisional measures – including measures that the Court previously rejected, such as a suspension of all military operations in Gaza – based on new facts. This would have required a hearing. In the meantime, South Africa could have called upon the President of the Court to exercise his power under Article 74(4) of the Rules to "call upon the parties to act in such a way as will enable any order the Court may make . . . to have its appropriate effects". Perhaps concerned with delay, South Africa did not pursue this route.

Alternatively, South Africa could have requested the Court to modify the existing provisional measures based on a "change in the situation" (Article 76(1) of the Rules). This would not have required a hearing as the rules require only that the Court "afford the parties an opportunity of presenting their observations on the subject" (Article 76(3)). Again, South Africa demurred.

Instead, South Africa selected the option that potentially offers the ICJ the fastest means to take legally-binding action. Under Article 75(1) of the Rules of Court, the Court "may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties." As South Africa points out, the Court may exceptionally dispense with hearings or party submissions in a scenario of extreme urgency and imminent risk of harm.

The Court has only used this power on one occasion – in *LaGrand (Germany v United States)*, a case about the alleged violation of the consular rights of a German national on death row in the United States. In that instance, the Court acted *proprio motu* (albeit prompted by a request from Germany) to indicate provisional measures directing the United States not to carry out Walter LaGrand's scheduled execution while the ICJ proceedings were pending. Despite the ICJ order, LaGrand was executed that same day. The Court has never indicated provisional measures *proprio motu* in the absence of a party asking it do so for reasons of urgency.

In its communication to the Court, South Africa makes the powerful point that the Court acted *proprio motu* in *LaGrand* "in a situation of extreme urgency affecting one individual" while Rafah presents a situation of extreme urgency "affecting an estimated 1.4 million vulnerable Palestinians". But in requesting that the Court act of its own accord, South Africa has not proposed any specific measures. It may be implicit that South Africa seeks to resurrect its request for a suspension of all military operations in Gaza – or, at least, a suspension of any military activities in the area of Rafah. But South Africa has left the means of addressing the situation to the ICJ. In the face of an increasingly desperate situation, many will view South Africa's request as a noble and necessary effort to keep the pressure on Israel. The scenes and stories from Rafah and rest of Gaza are horrific and heart-breaking, and it remains difficult to see what concrete steps Israel has taken to implement the provisional measures already in place. In these circumstances, South Africa's action may seem obviously morally and legally correct.

However, these developments also underscore the challenges of strategic litigation, which can create expectations that are neither fair nor realistic. South Africa's latest request thrusts the Court into a role it was never designed to play – and that the Court remains ill-equipped to fulfil. Notwithstanding recent reforms to its internal practices, the ICJ is not, practically speaking, in the business of enforcing its own decisions. These responsibilities fall to other actors – namely, other UN organs and individual states. We have already seen the Court's provisional measures order from January having some effect in prompting other states to recalibrate their relationships with Israel. Even US President Joe Biden has come to describe the Israeli military operation in Gaza as "over the top", and US officials appear focused – perhaps more than at any time since 7 October – on pushing for an extended ceasefire. In a world of decentralized enforcement, the impact of an ICJ decision is often its capacity to mobilize other actors in the political arena. This is already happening, even if the desired results – a ceasefire, an end to the humanitarian crisis, the release of the hostages, a reboot of the two-state solution – remain unrealized.

Against this backdrop, South Africa's request puts the ICJ in a bind. If the ICJ feels compelled to act on South Africa's new request – on a very limited evidentiary record – what can it do? With the Court having already rejected the previous request for a suspension of military operations in the face of a "catastrophic humanitarian situation" (para 72 of the 26 January order), it is hard to see how the new facts presented by South Africa – the imminent risk of an all-out assault on Rafah – change that equation. The Court's previous order reflected a view that the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide – the basis for the Court's jurisdiction over the dispute – limits its scope of action. It has already directed Israel to take all measures within its power to prevent the commission of genocidal acts. The Court's own power to address the situation in Rafah cannot necessarily go any further than what the Court has already said (at least not without over-stepping its jurisdiction). A "reminder" to Israel and an instruction that the 27 January order be "immediately and effectively implemented" (along the lines of the Court's second provisional measures order in *Bosnian Genocide* (para 61)) is possible. But in that scenario, or if the Court were to go further, there are risks.

First, there is reason to be sceptical that a new order indicating new provisional measures would be more effective than the initial order in terms of constraining Israel's military actions. If whatever international pressure the previous order helped to galvanize has not been sufficient to persuade Israel to exercise greater restraint, it is difficult to see how a new ICJ order would do so. The weight of world opinion – including in the United States and the United Kingdom, states that have strongly backed Israel's response to Hamas – is already lined up against the planned action in Rafah.

Secondly, by the Court acting *proprio motu* and not holding a hearing, a key benefit of the proceedings is left untapped: the opportunity to hold Israel to account by requiring its representatives to stand before the judges – and the world – to justify their actions in the language of law. However, an order that directs Israel to stand down in Rafah might have another impact: It could lead Israel to abandon its participation in the ICJ case. This would be a bad outcome – for South Africa, for Gaza, and for the Court.

Conversely, if the Court declines South Africa's invitation, the Court will also take a hit. It will be portrayed as turning a blind eye to the unfolding crisis in Rafah. It will be made to look – unfairly, in my view – hapless and ineffectual, if not cruel. Those assessments will be the product of justifiable frustration. But they will also reflect a misapprehension of the Court's role – which is not one

of enforcement. And this is what South Africa's request is really about. It is an effort to enforce the Court's earlier provisional measures decision in the face of Israel's apparent non-compliance (or, at least, manifestly insufficient compliance), including in Rafah.

In this sense, South Africa's request presents the Court with a lose-lose proposition. The Court may perceive the limits of its jurisdiction in this case as precluding the more targeted form of interim relief that South Africa presumably seeks; if the ICJ were to grant such relief anyway, it may fail to contribute anything useful to the broader political process while also triggering Israel's exit from the case.

In sum, the ICJ has already done its job – last month. It has directed Israel to take a range of measures that should be interpreted to require far greater restraint in the conduct of hostilities (lest such actions later be found to constitute acts of genocide). It has required Israel to take "immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance" in Gaza. It has also given those within Israel who seek a different approach – or a new government – something to seize upon, and creates the conditions for what Itamar Mann describes as "counter-genocidal governance" or what Chimène Keitner calls "an opportunity – and an imperative – for democratic renewal". But *enforcing* the Court's order must fall to others. This can mean applying diplomatic pressure, imposing sanctions, or offering inducements. It can mean using domestic litigation to challenge existing lines of support, as we have seen in the Netherlands this week. And when it comes to Rafah, the key international actor may not be the ICJ but that other judicial body in The Hague: the International Criminal Court. Indeed, the Prosecutor has already expressed his deep concern over the potential ground operation in Rafah and alluded to the criminal consequences that could follow.

None of this is to say that states involved in litigation before the ICJ should never seek additional or modified provisional measures. There are situations where this may be appropriate and useful. This may even prove to be the case in the future in *South Africa v Israel*. But at this particular juncture, returning to the Court – when it has already set forth a marker about how far it is able or willing to go in terms of provisional measures – may be a false hope. Otherwise put, South Africa may be entering into a world of diminishing returns at the ICJ.

León Castellanos-Jankiewicz

Dutch Court Halts F-35 Aircraft Deliveries for Israel

A "clear risk" of abuse

doi: 10.59704/4ef8e6e2634877d7

In a landmark decision, the Hague Court of Appeal ordered the Dutch government on 12 February 2024 to stop supplying Israel with F-35 fighter jet parts because there was a "clear risk" that serious violations of international humanitarian law (IHL) would be committed with the aircraft in Gaza. In their unanimous decision, the three judges relied on the European Union (EU) Common Position on Arms Exports and the Arms Trade Treaty as they apply to Dutch law, which outline criteria against which military exports must be assessed to determine the risk of abuse. The judgment made important findings on the nature of these risk assessments, which may have significant implications in future litigation.

The Dutch government has said it would comply with the judgment and stop transferring F-35 components to Israel within seven days, as requested by the court. Yet, officials have already stated their intention to appeal to the Supreme Court.

Citing the decision, top EU diplomat Josep Borrel alluded to the unchecked provision of arms to Israel as having a role in the civilian death toll in the Gaza Strip. Since the judgment was handed down, the F-35 program has also prompted parliamentary questions in Australia, where parts of the aircraft are manufactured. The Israeli Defense Ministry and the Pentagon have thus far declined to comment on the ruling. This post provides background to the decision before outlining its rationale and implications.

Context and procedural history

Dutch arms exports to Israel are sizeable. According to the latest available data submitted by EU member states on a self-reporting basis, the Netherlands was the fifth-largest EU exporter of military equipment to Israel in 2022, with the total value of these transfers amounting to €12.5 million. This record distinguishes between actual arms exports and the issuance of export licenses, which are government permits allowing registered companies and individuals to sell and ship military equipment abroad. In 2022, the Netherlands issued over €10 million in export licenses for arms sales to Israel.

The F-35 complaint, brought by Oxfam Novib, PAX and the Rights Forum Foundation, comes amid growing international concern over arms exports to Israel in the context of its military campaign on the Gaza Strip. Spain, for instance, has suspended all arms sales and exports to Israel since 7 October 2023. For their part, Italian officials confirmed that their government has halted the issuance of new export licenses for weapons sales to Israel. The Belgian regional government of Wallonia announced it had suspended licenses to send munitions to Israel since the International Court of Justice issued its order on provisional measures in *South Africa v. Israel* on January 26. However, these assertions should be taken with a grain of salt since shipments might still be ongoing under legacy export licenses and authorizations issued before 7 October 2023.

This week's judgment overturns an earlier decision issued in December by the District Court of the Hague, which dismissed the complaint brought by the three interest groups. In that decision, the District Court found in favour of the government by invoking the broad discretionary power of the executive branch to decide on matters relating to foreign policy and security.

A key argument raised by the plaintiffs in these earlier proceedings was that, following the despicable events of 7 October and their repercussions, the government was under the obligation to conduct a new risk assessment for its F-35 program on the basis of relevant legal standards. The District Court disagreed and highlighted that a risk assessment had already been made in 2016, when the general transfer, transit and the export license was issued for the F-35 program, and that the government was under no obligation to conduct a fresh appraisal.

The case before the Hague Court of Appeal

On appeal, the plaintiffs maintained that the number of civilian casualties in Gaza is disproportionate, that Israel's targeting strategy fails to account for this collateral damage, and that there is a "serious risk of impending genocide". They requested that the state immediately cease all actual export and transit of F-35 parts to Israel and conduct a new risk assessment.

In response, the government argued that neither the Arms Trade Treaty nor the EU Common Position oblige states to reassess export licenses once issued, even if circumstances change. Furthermore, according to the state, the scope of judicial review in foreign policy and security matters is limited, and ministers enjoy wide discretion. In this regard, the strategic relationship between the United States and Israel must be considered. The court quickly dismissed this policy argument, noting that the interest in complying with the Geneva Conventions and the Arms Trade Treaty carried more weight.

"Clear risk" as a rationale for the decision

The Court of Appeal found against the government because it determined that there was a risk that the F-35 would contribute to IHL violations. In doing so, it assumed that Israel deploys the F-35 in Gaza to support ground troops and carry out bombings based on evidence and interviews supplied during the proceedings.

To reach this conclusion, the court also recalled Israel's use of unguided 'dumb bombs', the razing of housing units in Gaza, the systematic destruction of civilian infrastructure as described by United Nations experts, and indiscriminate attacks reported by independent NGOs. These facts showed that "there are many indications that Israel has violated the humanitarian law of war in a not insignificant number of cases." Although a definite judgement on this would warrant a "careful factual investigation", such a finding is not required to determine the existence of a "clear risk" that the equipment exported might be used in the commission of serious violations of IHL, as laid down in Article 7 of the Arms Trade Treaty and Article 2(2)(c) of the EU Common Position. The court therefore concluded that this risk was present in relation to the F-35 parts which the government intended to export to Israel.

Even assuming that the F-35 only provided support for ground troops and was not being deployed for bombing missions, "this does not change the conclusion". In that scenario, the court found that Israel's conduct would "facilitate" a serious violation of IHL within the meaning of Article 7(1)(ii) of the Arms Trade Treaty.

The government further argued that it was impossible to determine whether Israel had committed IHL violations by using the F-35. This prompted the court to find that the minister had "misjudged" the situation: the issue was not whether it could be "established" that Israel was in breach of its international obligations with the aircraft, but whether there was a "clear risk" that the F-35 was used in such violations. It did not appear that the minister tested the risk-related criterion, which resulted in the breach of obligations pursuant to the EU Common Position. This underscores the centrality of risk assessments in any arms export or licensing procedure and gestures towards new avenues for supply chain accountability for negligent arms trade.

The need to conduct risk reassessments

The Dutch government contended that when new information becomes available after granting an export license, states are merely "encouraged" to reassess risks derived therefrom according to the EU Common Position and Article 7(7) of the Arms Trade Treaty. However, the Court of Appeal found that a "reasonable interpretation" of the Common Position meant that, under new circumstances, a fresh assessment against its criteria must occur for the following reasons: first, the F-35 program export license was granted indefinitely. Moreover, the last assessment was conducted seven years ago, and, finally, the new circumstances involve a clear risk of serious IHL violations, which constitute a ground for refusal under the Common Position. An alternative reading where indefinite licenses are not subject to review when an impending risk of abuse is identified would "completely undermine" the purpose of the Common Position, said the court.

The court's reading of these reassessment provisions might be perceived as expansive by some. However, the judges were careful to qualify their reasoning by emphasizing the inherent qualities of indefinite export licenses and the fact that authoritative commentators on the Arms Trade Treaty note that licenses are normally granted for 1 to 5 years. The judges therefore decided that the government had to reassess the F-35 export authorization on the basis of the Common Position's mandatory criteria. This assessment, the court found, would have resul-

ted in the refusal of the export under Article 2(2)(c) of the Common Position, given that the equipment "might be used in the commission of serious violations of international humanitarian law." The court therefore concluded that the state was acting unlawfully by not conducting a reassessment of the export license and by not preventing the export and transit of F-35 parts to Israel.

Conclusion

The decision's robust interpretation of the risk assessment obligations contained in the Arms Trade Treaty and the EU Common Position is a welcome development, considering the enforcement challenges that are inherent to these instruments, as outlined here.

Ultimately, the Hague Court of Appeal takes a step in the right direction and contributes to preventing the commission of core international crimes in the Gaza Strip as outlined in its findings. Finally, at least for now, it also protects the Netherlands from exposure to litigation at the International Court of Justice or other international courts and tribunals for allegedly aiding or abetting in the commission of war crimes, crimes against humanity or genocide through its continued transfer of weapons to Israel.[1]

[1] The text quoted from the judgment issued by The Hague Court of Appeal was obtained from an unofficial English translation, available here. The Dutch original is here. I thank Ewa Romanowska and Anna Puigderrajols for their research assistance.

Nora Salem

The Legal Limits of Supporting Israel

An overview of the implications of the ICJ Provisional Measures for third-party states

doi: 10.59704/a9131e4154b0c11e

On January 26, 2024, the International Court of Justice ("ICJ" or "the Court") issued its provisional measures order on the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) during Israel's military operations (discussed here and here). The Court decided that it had *prima facie* jurisdiction due to the fact that Israel's actions are plausible to fall into the scope of the Genocide Convention ("GC"), meaning they are possible to constitute a prohibited genocidal act as referred to in Article II and III GC carried out with special intent to "*destroy, in whole or in part, a national [...] group*".

This article provides an overview of the legal implications of the ICJ's order for third-party states providing political, financial, or military support to Israel, including the US, Canada, the UK, Germany, and the Netherlands. I argue that the plausibility of genocide establishes the necessary evidentiary threshold to trigger state responsibility for third-party states on the international level as well as to initiate domestic legal proceedings.

Legal implications on the international level

At the international level, those states supporting Israel with political, financial, or military support may face state responsibility for either *failure to prevent* (Article I GC) or *complicity* in genocide (Article III (e) GC). Of course, the support of each state varies in nature and extent, but common traits entail the provision of military aid or unrestrained governmental approvals of export licenses of military equipment. In addition, they entail public statements by government officials reiterating that "Israel is a democracy, committed to human rights and international law and that any accusations to the contrary were absurd", "I do not think the calls for an immediate ceasefire or long pause [...] are right"; voting against or abstaining from the adoption of a General Assembly Resolution on 12.12.2023 demanding immediate humanitarian ceasefire; rushing to declare interventions before the ICJ on behalf of Israel, stating that the federal government "firmly opposes a political instrumentalization [of the Convention]"; as well as resorting to the most extreme measure of pausing funding for UNRWA, following allegations that some of its staff were involved in the October 7 Hamas attack on Israel, instead of waiting for the results of investigations by the UN.

According to Article I GC, State parties have the following obligations: a negative obligation not to commit genocide, a positive obligation to prevent genocide, and a positive obligation to criminalize and punish genocide. Due to the *ius cogens* character of the prohibition to commit genocide, the obligation to prevent genocide is owed by all State parties *erga omnes* through positive conduct and is violated by omission, as outlined in the 2007 ICJ's Judgment on the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ("2007 Judgement"), para 432. The scope of the obligation to prevent *ratione materiae* is limited to the commission of genocide consisting of the acts referred to in Article II and III GC. This obligation commences *ratione temporis* "*at the instance that a state learns of, or should have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed*" (2007 Judgement, para. 432). It is thus necessary to identify, first, if the situation amounts to a serious risk, and second, whether the state knows or should have known about that situation. I argue that both conditions are met.

Whether the "serious risk" criteria of commission of genocide under Article I GC equates to the "plausibility" criteria of commission of genocide required for the indication of provisional measures has never been discussed by the Court. The wording "*the Court considers that there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights [of Palestinians in the Gaza Strip to be protected from acts of genocide and related prohibited acts identified in Article III] found by the Court to be plausible, before it gives its final decision*" (ICJ, Order 2024, para. 74) could be interpreted in the direction that both may indeed be equated.

Similar conclusions can be found here and here.

As for the state's awareness, it can be argued that supporting states should have learned about a serious risk of genocide when a group of UN experts warned of a "genocide in the making" on November 16, 2023. However, it must be assumed that there was definite knowledge of a serious risk of genocide no later than the issuance of the ICJ's order on January 26, 2024.

The Court has established that the *ratione loci* scope is not limited territorially by the Convention (2007 Judgement, para. 183) and reiterated that the obligation's scope *ratione persone* applies to all parties (2007 Judgement, para. 430). However, the ICJ noted that the deciding factor was the States' "*capacity to influence effectively the action of the relevant persons likely to commit or already committing genocide*" (2007 Judgement, para. 430).

The assessment of this capacity depends on the following: (1) the geographical distance of the state concerned from the scene of the events; (2) the strength of political and other links between the state and the main actors in the events; (3) the state's legal position vis-à-vis the situation and persons facing the danger or reality of genocide. The ICJ held in its order on provisional measures, Ukraine v Russia that there are several means to fulfill the obligation to prevent genocide. These include invoking the competent UN organ under Article VIII GC, submitting an application to the ICJ under Article IX GC, or resorting to other means "such as bilateral engagement or exchanges within a regional organization" (para 57).

Given the excellent relations that the mentioned states have with Israel, they undoubtedly have the *"capacity to influence effectively the action of the relevant persons likely to commit or already committing genocide"* and are thus required to take active steps towards prevention. This includes persuading Israel to agree to a ceasefire and to allow for efficient humanitarian assistance. Instead of halting funding to UNRWA, the lifeline of Palestinians, or supplying Israel with military equipment, financial aid, and continued political justifications, these states should focus on prevention efforts.

Complicity in genocide

States are also obligated to avoid complicity in genocide, as stipulated by Article III (e) of the Genocide Convention. The ICJ has clarified that when considering the conduct of states, as opposed to the conduct of individuals, there is "*no reason to make any distinction of substance between "complicity in genocide", within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention and the "aid or assistance" of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16 [ARSIWA]*" (2007 Judgement, para. 420). Accordingly, complicity in genocide requires, firstly, that a state must supply aid or assistance to the perpetrators of genocide, meaning there must be a link between the act of assistance and the commission of a wrongful act. Secondly, the ICJ held that the supporting State must have full knowledge of the facts and awareness of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator (2007 Judgement, para. 432). Specific intent by the assisting state is thus not required.

Assuming that Israel is indeed committing genocide, a link between the act of assistance and the commission of a wrongful act can be established, since it is safe to assume that the military equipment delivered by the mentioned states is used by the IDF. The more difficult hurdle is to establish that the assisting states have full knowledge of the facts, interpreted as "*near-certain knowledge of specific illegality on the part of the recipient state*". The ICJ's order indicating mere plausibility of the commission of genocide by Israel cannot serve as evidence for establishing the high near-certainty threshold required for assisting states. However, public statements such as asserting that the accusations of genocide against Israel "*lack any basis*" may indicate 'willful blindness', defined as "*deliberate efforts to avoid knowledge of illegality on the part of [Israel] in the face of credible evidence of present or future illegality*". The ICJ's order in conjunction with UN expert reports could be considered as credible evidence in this regard.

Legal implications on the domestic level

Another implication for third-party states could be that domestic courts, based on the ICJ order, halt the export of weapons to Israel – or even issue arrest warrants for Israeli office holders, if not prosecute office holders of supporting states.

Administrative proceedings

Lawyers could initiate injunction actions to stop the respective government from exporting or authorizing exports of weapons to Israel. This applies to states such as the US, Canada, Germany, Italy, the UK, and the Netherlands (as per the Arms Transfer Database). Such an obli-

gation would stem from Article I GC as well as Article 6 (3) Arms Trade Treaty ("ATT"), which mandates the denial of arms transfer authorization if the State knows the arms would be used to commit genocide, crimes against humanity, or certain war crimes. For member states of the European Union, Article 2 EU Council Common Position 2008/944/CFSP ("EUCP") requires the denial of export licenses for military technology and equipment if it would be inconsistent with the recipient countries' respect for human rights and international humanitarian law. To this end, the EUCP states that a "real risk" is sufficient for triggering the approval's denial. Additionally, the national legislation of many of these states prohibits the export of weapons if there is "reason to believe that the weapons may be used for violations of international law" (§ 6 (3) War Weapons Control Act in Germany) or if "there is a clear risk that the items might be used to commit or facilitate [...] a serious violation of international humanitarian law" (Criteria 2 of the UK's strategic export licensing criteria). The ICJ's order would satisfy the low knowledge threshold of "reason to believe", possibly the threshold of "a clear risk", but unlikely the threshold of positive knowledge required under the Article 6 (3) ATT. It should be noted that such legal claims have been submitted in the Netherlands (as discussed here and here) and in the UK.

Criminal proceedings

Conversely, the ICJ's order can serve as preliminary evidence for the public prosecutor's office to initiate investigations against Israeli officials for genocide or incitement to genocide or war crimes, and –if it finds sufficient evidence– issue an arrest warrant and / or file an indictment before the criminal court. The commission of genocide as one of the four international crimes is prohibited in most national criminal codes, for which national courts have universal jurisdiction, regardless of where crimes were committed and irrespective of the nationality of the perpetrator. An arrest warrant would prevent relevant Israeli officials from traveling to those states. A move in this direction has been made by the Swiss group *Legal Action Against Crimes Against Humanity* which submitted criminal complaints before the Attorney General against Israeli President Isaac Herzog.

In the same vein, the ICJ's order can serve as initial evidence for the public prosecutor's office to start investigations against national government office holders – including the president, prime minister, and ministers of relevant ministries– for their potential role in assisting genocide or war crimes through the provision of military equipment. Drawing upon this line of reasoning, a criminal complaint was lodged against the federal government in Germany last week.

Conclusion

While it is legally possible under the Genocide Convention's compromissory clause for states to bring a case against the mentioned states for complicity in or failure to prevent genocide before the ICJ, such action is rather unlikely. Therefore, domestic legal avenues seem more feasible and indeed more effective to avoid the growing perception that Western states employ the rule of law selectively and grant Israel impunity. The minimal effect of the ICJ's 2024 order –which established the plausible risk of genocide by Israel in Gaza by outlining in great detail the destruction (paras. 46-49) and dehumanizing language (paras. 50-53)– is that it prevents these supporting states from claiming ignorance of the facts.

Noam Kozlov

Taking War to Court

Israel's Prosecution of the October 7 Perpetrators

doi: 10.59704/3dbf41b47dc6afa4

A surprise attack launched by Hamas on October 7 ignited yet another period of violence in Israel and Gaza. During the attack, the Hamas attackers targeted soldiers and civilians alike, killing a total of 1,200 Israelis. In response, Israel launched an unprecedented invasion of the Gaza Strip, which resulted in the deaths of over 25,000 Gazans, most of them civilians. While the war does not seem to come close to an end, Israel has meanwhile encountered a different kind of problem; following the October 7 attack, Israel captured hundreds of Hamas fighters – members of the elite Hamas *Nukhba* unit who had perpetrated the attack. Immediately following the start of the war, voices in Israel urged the government to launch criminal prosecutions of these attackers, with some arguing that Israel should impose the death penalty on the perpetrators.

The current contribution attempts to explain the different legal paths that Israeli law creates for the prosecution of the Hamas fighters. Specifically, the different military and civilian jurisdictions found in Israeli law will be discussed, and their applicability to the current situation will be examined. In addition, the contribution will also discuss the possibility of imposing capital punishment on the perpetrators. It will be argued that while Israeli law allows for the imposition of the death penalty, it should not be imposed on the Hamas militants.

The October 7 attack - why prosecute

Immediately after the October 7 attack had taken place, voices in Israel called for the criminal prosecution and subsequent execution of the perpetrators, and the Israeli Attorney General announced that the state was examining the various legal actions that could be taken against the Hamas fighters. Notably, Israeli law allows the state to indefinitely detain the Hamas militants even without launching a criminal prosecution.

Israel's *Unlawful Combatants Law* allows for the government to hold members of illegal militant groups, such as Hamas, in indefinite administrative detention. Considering the administrative nature of the proceeding, the burden of proof on the government is lower than that of a criminal proceeding, and the government is also allowed to present *administrative evidence,* even when such evidence would not be admissible in a criminal trial. The law authorizes the state to hold the detainees so long as hostilities between Israel and the respective militant group continue. The detention is continuously monitored by the courts, and if the detainee is found not to pose a security threat to the State of Israel, then the court may order their release. Hence, this type of proceeding is not concerned with the *past actions* of the detainees but is instead concentrated on their prospected risk to national security. Accordingly, if a detainee's risk for national security is deemed to have ceased, then they should be released irrespective of their past actions.

The procedure of administrative detention thus allows Israel to hold the Hamas militants behind bars even without launching a criminal prosecution. However, it would seem that Israel does not only plan on *detaining* the perpetrators of October 7, but it instead wants to *punish* them for their past actions and *bring them to justice*. This sense of justice can only be achieved through a fair criminal trial.

The Hamas Trials - military vs. civilian Court

Even if Israel decides to launch a criminal prosecution against the perpetrators of October 7, as seems the likely course of action, the Israeli government will still need to decide on the jurisdiction in which such prosecution will take place. Similarly to the US, Israeli law creates two different jurisdictions for the prosecution of terrorism and security offenses: special military tribunals and civilian jurisdiction.

The military tribunals have jurisdiction over any security-related offense committed in the areas occupied by Israel, as well as any offense committed by residents of the occupied areas in Israel. The civilian courts, on the other hand, have jurisdiction over any offense committed inside Israel's sovereign territory (that is, excluding the

West Bank and Gaza), as well as jurisdiction over crimes committed by Israelis in the occupied territories. Despite this presumably territorially-based distribution of jurisdictions, the decision whether an individual will be prosecuted before a military tribunal or in Israel's civilian jurisdiction is made predominantly based on the question of nationality – Israeli nationals are usually prosecuted in the civilian jurisdiction, while Palestinians are prosecuted in the military tribunals.

Military tribunals typically grant fewer protections to criminal defendants than the civilian jurisdiction does. Thus, for example, the military jurisdiction would be more likely to admit a confession extracted when the suspect was under physical pressure. The services of Israel's renowned Public Defender's office are only granted to defendants in the civilian jurisdiction, while defendants in the military tribunal need to rely on private representation or third-party NGOs. These and other differences also result in unequal conviction rates in both jurisdictions: While the conviction rate in Israel's civilian jurisdiction is below 90%, virtually *all* cases prosecuted in the military jurisdiction in the past year have resulted in a conviction.

It would thus be fitting for Israel to choose to prosecute the Hamas militants in a military tribunal – the military court is the usual forum where Israel prosecutes Palestinians for security-related offenses, and it would also be *easier* to prove the guilt of the Hamas militants in a military tribunal, compared with the civilian jurisdiction. Nonetheless, if Israel attempts to gain international legitimacy and pursue justice by launching the prosecutions, then a military tribunal with relaxed protections on defendants' rights and a 100% conviction rate hardly seems the way to go. Instead, in pursuit of justice and legitimacy, Israel should choose a forum that guarantees standards of due process. Israel should hold the criminal prosecutions in its civilian jurisdiction.

Seeking the death penalty

In its entire history, Israel has executed only one person – Adolf Eichmann, a notorious Nazi general who personally took part in the extermination of Jews during the Holocaust. Some argue that the extreme circumstances of the October 7 attack were so extreme that they warrant the imposition of capital punishment. However, such a penalty might adversely affect Israel's own interests.

While capital punishment has not been implemented by Israeli authorities for over sixty years, it still appears on the books in both its civilian and military jurisdictions. Article Two of Israel's *civilian* Criminal Code creates several offenses punishable by death for conduct that harms the sovereignty of the state or otherwise undermines national security. Thus, for example, section 99 of the Criminal Code stipulates that "*[i]f a person, with intent to assist an enemy at war against Israel, commits an act that is liable to do so, then he is liable to the death penalty or to life imprisonment.*" The section then specifies that it is irrelevant whether Israel was indeed in a state of war at the time when the conduct took place. Other offenses in Article Two prohibit similar types of conduct, where some of them also impose capital punishment. Additionally, capital punishment can be found as a possible penalty in other Israeli laws, such as the Law on the Prevention and Punishment of Genocide, which stipulates that a person guilty of Genocide should be punished by death.

The military tribunal enjoys an even greater discretion in its ability to impose capital punishment. Many of the criminal offenses governing the criminal proceedings in the military tribunals are stipulated in the *Defense Regulations (Emergency)* orders originally imposed during the British Mandate over Palestine in 1945. These regulations allow the military tribunal to impose the death penalty for crimes such as discharging a firearm, carrying a firearm without a license, and various other offenses. Accordingly, the prosecution of the Hamas militants in the military tribunal will allow Israel to seek the death penalty even without proving that every one of the militants is guilty of murder – merely the carrying of a firearm, or even the membership in a group of persons who illegally carry a firearm (section 58), is an offense punishable by death in the military jurisdiction.

Thus, both Israel's civilian and military jurisdictions allow for the imposition of capital punishment. Nonetheless, the reintroduction of the death penalty may still raise some issues for Israel from an international law perspective. The legality of the reinstitution of capital punishment has no clear answer. International treaties such as the Second Protocol to the ICCPR and the American Convention on Human Rights, none of which Israel is a signatory of, prohibit the reintroduction of capital punishment. Additionally, Article VI of the ICCPR is argued by some to prohibit the reinstatement of capital punishment. Nonetheless, it is unclear whether customary international law prohibits the reintroduction of capital punishment. However, even if Israel is not precluded by its

international obligations from reinstating the death penalty, the mass execution of hundreds of Palestinians is set to draw stark international criticism, as well as undermine the prospect of reconciliation with the Palestinian people. Thus, even from Israel's own interests, seeking a less extreme form of punishment will both comply with trends in international law, as well as open the door for diplomacy and reconciliation.

Conclusion

The prosecution of the October 7 perpetrators will inevitably lead to extreme repercussions for Israel, both in the diplomatic and domestic scene. The current contribution set forth the legal framework that Israeli law offers for the prosecution of the Hamas militants and attempted to show the benefits and drawbacks found in these various legal alternatives. It was argued that the best course of action for Israel would be the institution of criminal proceedings in Israel's civilian jurisdiction. These proceedings will be expected to adhere to due process standards and ought not to result in the imposition of capital punishment. The prosecution of the Hamas militants must not appear as a Kangaroo Court, and the imposition of extreme penalties will only hinder the possibility of future reconciliation between Israel and Palestine.

Kartik Kalra

Absolute Truths and Absolutist Control

On India's "Fact Check Unit" over Social Media

doi: 10.59704/54581b17916817b0

Last week, the Bombay High Court delivered its judgment in *Kunal Kamra v. Union of India*, comprising a split verdict on the constitutional validity of the Information Technology Rules, 2023 ("IT Rules/Rules"), which install an institutional regime for determining – and warranting takedown by social media intermediaries – of content relating to the Central Government deemed "fake, false or misleading". This determination would be made by the Fact Check Unit ("FCU"), an entity operating under the Central Government, likely consisting entirely of its own appointees. This regime was challenged on three main grounds – first, its violation of citizens' free expression due to "fake, false, or misleading" speech being constitutionally protected; second, the pedestalization of state-related information, such that it enters public discourse with a single, *truthful* formulation, as being an illegitimate and disproportionate measure; and third, the violation of natural justice in enabling the state to determine truth and falsity concerning itself. The two judges – Patel and Gokhale, JJ. – disagreed on all three claims.

In this post, I analyze the two judgments, highlighting the twin origins of the judges' disagreements: *first*, their distinct conceptions of the legitimacy of state power in prescribing a singular version of online truth, alongside their estimation of the social dangers – as well as citizens' agency – in navigating falsity on the internet; and *second*, their opposing views on the state's likelihood to abuse its truth-determination powers, which originates in their distinct understandings of the existence of absolute truths and falsities. I propose Gokhale, J.'s judgment, which upholds the Rules, to demonstrate an unthinking belief in the state's genuine pursuit of combatting misinformation with negligible safeguards, resting on simplistic notions of the existence – as well as the social lives – of truths and lies.

State-led determination of truth and falsity - A legitimate goal?

The underlying theme of the case concerned the legitimacy of using state power to prescribe singular versions of the truth, which become final and unquestionable, with any material deviating therefrom warranting removal from social media. The state proposed this to be applicable only to its "own business", i.e., the "business of the Central Government" as stated under the IT Rules, a term the petitioners proposed to be vague and overbroad, bringing within its fold *any* material the state deems undesirable. The state cited several studies on the dangers of social media falsehoods, touting its truth-determination interventions as essential to enable a peaceful social climate, for it is – it claimed – the *parens patriae*, responsible for protecting citizens from incorrect information.

Patel, J. – striking down the IT Rules – held the *parens patriae* assumption constitutionally impermissible, for it envisioned a passive citizenry that must be protected, kept from falling into error, and safeguarded from incorrect information (¶158, 213). He also noted that the Rules were simultaneously underinclusive and overinclusive: if their objective was to protect citizens from social media misinformation, confining such misinformation to the "business of the Central Government" would insufficiently pursue this objective, and if the purpose was solely to communicate correct policy-related information related to the state, the inclusion of protected speech within the Rules' fray – such as dissent, criticism and satire – in no way furthered it (¶179, 185). Further, he held that state-related information did *not* warrant pedestalization to a distinct class, such that a separate regime be installed to ensure its dissemination in an uncorrupted, *truthful* manner. The state, he noted, has the "biggest megaphone and the loudest voice", and should use that instead to participate in the ideas' marketplace, making its truths compete with all its other versions (¶213). He displayed suspicion towards the width of the impugned

term – "business of the Central Government" – pointing to its immense elasticity, which can span from "police, defence, health and medicine" to statements attributed to state officials, to a plethora of information that none can objectively lay down (¶182).

Gokhale, J., however, disagreed, holding that the *parens patriae* formulation was, in fact, correct, given the immense dangers posed by social media misinformation. The state had a duty to "create better conditions for citizens to sift facts from fake", and to enable them to "make informed decisions" based on "unadulterated information" (¶58). She noted the rise of deepfakes on social media, studies documenting the rise in fake news on the internet, as well as persons' susceptibility to believe in and develop opinions based on falsities (¶54).

Despite the social dangers posed by online misinformation, however, it was apparent that *mere* falsity is not a ground the Constitution sanctions to proscribe speech, for the eight grounds under Article 19(2) (which concern the state's security, foreign relations, contempt of court, etc.) – the Supreme Court has consistently held – are exhaustive, and cannot be expanded through the judicial route. Patel, J., based on this proposition, held the Rules violative of citizens' free expression, for they restricted expression in pursuit of a constitutionally unsanctioned objective (¶154). Gokhale, J., seeking to prevent this conclusion – arising likely from her belief in the heightened social dangers of misinformation – held that speech containing falsity, especially *reckless* falsity, did not constitute a part of the right to free expression in the first place, rendering redundant the assessment of the Rules' restrictions (¶41).

The judges' disagreements, therefore, originate in their distinct beliefs in citizens' agency, alongside the state's corresponding duty to secure a pure, incorruptible online discourse. While Patel, J. expresses suspicion towards the expansion of state power to dictate the truth, it is Gokhale, J.'s estimation of the dangers arising from misinformation that causes her to uphold – through much acrobatics – the FCU's truth-determination powers.

Absolute falsities, absolute truths, and the likelihood of abuse

Gokhale, J.'s emphasis, as would be apparent, lies primarily on *falsities* (and *fakery*), leading the reader to occasionally forget that the Rules bring another subset of information within their fold: *misleading* information. Gokhale, J., in repelling the argument of the Rules' invalidity owing to their overbreadth and vagueness, holds – based on the existence of supposedly *objective* truth and falsity – that a sense of true and false is possessed by all, which are exactly the standards the FCU is entrusted to apply:

> 43. Truth is the opposite of false and truthfulness or falsity of information may be relative, however, a fact cannot be fake. Fake is something which is non-existent. Here, a question of subjective interpretation of fact does not arise, because the very fact itself is non-existent.

She holds, therefore, that uncontested, absolute truths exist, for "a fact cannot be fake". Patel, J., on the other hand, notes that while some statements can be labelled objectively false (such as 2+2=5), most lie in the hazy terrain of being neither true nor false, which are "expressions of opinions, hopes [and] desires" (¶119). Even for information that is supposedly objectively true, such as the factum of the state releasing data concerning the economy, poverty, or health, such data's contesting versions, which question the official state narrative, necessarily abound. In case the FCU is empowered to forbid these contesting versions, it would constitute speech absolutism, and all counter-points would simply be forbidden (¶126). The word "misleading", which is susceptible to even greater abuse, was also upheld by Gokhale, J. through the creation of an intent-based standard, tasking the FCU to assess whether the impugned content was uploaded by the user maliciously (¶37).

The possibility of the existence of truths and falsities in absolutes, therefore, constituted the primary disagreement between the two judges, having substantial ripple effects towards their views on entrusting the FCU with this determination. For Patel, J., it was the unlikelihood of information appearing as objectively true or false that aroused his suspicion about the FCU's genuine ability to enquire into and to prohibit such information. On the other hand, Gokhale, J.'s construction of the Rules as targeting absolute falsities, which was evinced by her grand and simplistic claim that "truth is the opposite of false" and that "a fact cannot be fake", was the primary ground for attributing a sense of objectivity to the FCU's tasks, making it a reliable arbiter of truth.

In her analysis, however, a realistic assessment of online discourse, as well as the width of the term "misleading", are starkly absent. While there are some facts that are *necessarily true* (such as the earth revolving around the sun, mathematical additions, etc.), such unquestionably true facts generally do not constitute a substantial chunk of online discourse, and even when they do, the invocation of opposing *untrue* information risks little cognizable harm. This is because the ideas' marketplace is likely to consist of proponents of such necessarily true facts, and a commonsensical social sense of truth is likely to develop around them. Such facts, especially when revolving around the state itself, may not need the extraordinary protection of an institutional regime.

Further, the term "misleading" – even if qualified with Gokhale, J.'s malice-based requirements – confers on the FCU largely unconstrained power to remove social media content. Any refusal to toe the state's official line can be deemed misleading, which may span from differing views on the country's economic growth, prevailing authoritarianism, or judges' biases. As noted by Patel, J., *"[e]very single counter point on government business can conceivably fall within the word 'misleading'"* (¶126). Gokhale, J.'s trust in the FCU, however, allayed her concerns with such abuse, causing her to uphold even this tangibly overbroad term.

Conclusion

The judgment in the IT Rules' challenge, therefore, is an illustration of competing judicial ideologies, with one judge comfortably entrusting the state with powers to prescribe online truth, and another expressing immense disbelief with the genuineness and necessity of such a measure, which was likely to be used for oblique ends. Patel and Gokhale, JJ. also view the state-citizen dynamic from opposing ends – while Patel, J. prioritizes citizens' agency in perceiving, interpreting, and acting on online information, Gokhale J. holds the state the *parens patriae*, legitimizing its objective of protecting citizens. The clearly constitutionally unsanctioned nature of restricting falsity *per se*, however, substantially tilts the case in the petitioners' favour, apparent from Gokhale, J.'s acrobatics – which include denying false speech the status of a right – to uphold the Rules. It is hoped, therefore, that subsequent judgments of the Bombay High Court (and the Supreme Court) hold the Rules invalid, enabling a relatively free online discourse, while prompting an inquiry into lesser rights-restrictive ways of combatting misinformation.

Anmol Jain

On the Politics of Non-Transparent Electoral Funding in India

The Supreme Court's Electoral Bonds Verdict

doi: 10.59704/49b9227a3b96a43e

Last week, a five-judge bench of the Indian Supreme Court delivered a significant verdict adjudicating the constitutionality of the Electoral Bond Scheme ("EBS"), as introduced by the ruling government in January 2018. The EBS introduced a novel method of making "anonymous" donations to Indian political parties, both by individuals and a body of individuals. It empowered the authorized bank to issue bonds in the nature of a promissory note containing no details of the buyer/donor and cashable by the political parties within 15 days from their date of issue. The EBS mandated the bank to keep the donor's details confidential and to not disclose them to any authority "except when demanded by a competent court or upon registration of a criminal case by any law enforcement agency." [See Clause 7(4)]

The scheme was introduced as a package along with amendments to the Companies Act, Representation of the People Act, Income Tax Act, and the Reserve Bank of India Act by way of an omnibus Finance Act, 2017. In their cumulative essence, these amendments removed the legal obligation of the donors and political parties to disclose the details of voluntary donations made and received via electoral bonds, respectively. Amendments to the Companies Act also removed the cap on the amount of funding companies could extend to the political parties. Now, companies were only required to record the total amount of donations in their financial documents without mentioning any particulars.

The government introduced this scheme despite several objections from the Reserve Bank of India and the Election Commission of India. It justified this scheme as a mechanism to curb black money and incentivize donors to make contributions through the banking route without anticipating retribution. Despite the claims of anonymity, it is evident that the scheme intended to make electoral funding non-transparent. Though the bonds were not to carry the name and other details of the donor, the government had access to this information as it owned the authorized bank. Therefore, on the one hand, the scheme could possibly enable quid pro quo arrangements between the donor and the government without any third-party oversight; on the other, it would create an environment where voters will have to make their voting decisions without complete knowledge of the funding channels of the political parties in the fray.

In a welcoming and democracy-enabling judgment, the Indian Supreme Court, speaking unanimously, held the EBS and the relevant amendments introduced by the Finance Act of 2017 unconstitutional. In the remainder of this blog, I discuss the reasoning of the Court and the implications of the decision.

The decision of the Court

The Court framed two issues for its consideration: *first*, whether the non-disclosure of information on electoral funding under the EBS and other relevant amendments violates the right to information of citizens as guaranteed under Article 19(1)(a) of the Indian Constitution; *second*, whether unlimited corporate funding to political parties violates the principle of free and fair elections and the right to equality as guaranteed under Article 14.

On the first question, the Court undertook a multi-layered analysis of Article 19(1)(a) of the Indian Constitution to hold that the non-disclosure of information about political funding is unconstitutional. Article 19(1)(a) guarantees the right to freedom of speech and expression to every Indian citizen, which has been interpreted to include the right to information for the effective exercise of free speech. In the Court's jurisprudence, such an interpretation of Article 19(1)(a) performs two crucial roles: *first*, it furthers "the values of good governance, transparency, and accountability" by enabling the citizens to hold the government accountable with adequate and relevant information [¶60]; and *second*, it helps the citizens

in forming "views on social, cultural, and political issues, and participate in and contribute to discussion" [¶65]. Bereft of information, the right to free speech loses its essence.

Once these two roles are analyzed from the lens of elections and the need for the voters to make informed choices for the success of the democratic model of governance, Article 19(1)(a) could be read to include the right of the voters to have access to information "which would enable them to cast their votes rationally and intelligently" [¶77]. In the past, the Indian Supreme Court had used this reasoning to mandate the disclosure of certain essential information about the candidates, such as details about their assets, possessions, and criminal records. [*See* here and here].

In the current case, the Court built on this jurisprudence to hold that the right to information of the voters is extendable against political parties, and their funding information is one such essential information that must be disclosed in a transparent manner to enable the voters to effectively exercise their rights [¶104]. The Court reasoned that the Indian Constitution recognizes political equality as one of its fundamental tenets, which, from an electoral point of view, could be translated into a promise of equality in influence over political decisions irrespective of one's financial situation. Non-transparent electoral funding by routes such as the EBS allows the "economically resourced contributors … selective anonymity vis-à-vis the public", possibly giving rise to quid pro quo situations and an imbalance of influence. Funding information, therefore, becomes crucial for the voters to analyze if the party in power has unduly favoured its donors. As the Court observed,

> "*Economic inequality leads to differing levels of political engagement because of the deep association between money and politics. … An economically affluent person has a higher ability to make financial contributions to political parties, and there is a legitimate possibility that financial contribution to a political party would lead to* quid pro quo *arrangements because of the close nexus between money and politics. … The money that is contributed could not only influence electoral outcomes but also policies particularly because contributions are not merely limited to the campaign or pre-campaign period. … Information about political funding would enable a voter to assess if there is a correlation between policy making and financial contributions.*" [¶100]

In response, the government argued that the infringement of this right to information of the voters is justifiable for two purposes: *first*, to curb black money; and *second*, to protect donor privacy. Under the Indian constitutional jurisprudence, the right to free speech can be restricted only in the interest of the grounds specifically mentioned under Article 19(2). As curbing the circulation of black money in the economy, considered as an action in the public interest, does not find any trace under Article 19(2), the Court rejected the government's argument [¶116]. Irrespective, the Court applied the proportionality analysis and held that non-transparent electoral funding by way of the EBS is not the least restrictive means to curb black money from the electoral exercise [¶129]. Several other mechanisms, like donation by way of electoral trusts, could achieve this purpose suitably.

On the aspect of donor privacy, the Court applied the double proportionality standard as it involved a clash between two fundamental rights: the right to information of the voters and the right to privacy of the donors [¶157]. Applying this standard, the Court concluded that,

> "*This alternative [the alternative being privacy of donations of the amount below a certain threshold] realizes the objective of securing disclosure for an informed voter and informational privacy to political affiliation in a "real and substantial manner". The measure in the Electoral Bond Scheme completely tilts the balance in favor of the purpose of informational privacy and abrogates informational interests. On an overall comparison of the measure and the alternative, the alternative is better suited because it realizes the purposes to a considerable extent and imposes a lesser restriction on the fundamental rights.*" [¶168]

Hence, the Court nullified the government's argument that the EBS reasonably restricts the right to information of the voters.

On the second question about permitting unlimited corporate funding, the Court applied the doctrine of manifest arbitrariness to hold unlimited funding unconstitutional for the following reasons:

1. It arbitrarily treats companies and individuals in a similar manner when the ability of companies to influence elections and policymaking is significantly higher than that of individuals due to the ability to make higher political funding;
2. Unlimited corporate funding "is antithetical to free and fair elections because it allows certain persons/companies to wield their clout and resources to influence policy making", thus violating the fundamental principles of free and fair elections and political equality [¶210];
3. It arbitrarily treats profit-making and loss-making companies alike, which could give rise to situations of loss-making companies contributing to political parties in the anticipation of a quid pro quo treatment and perhaps even the incorporation of shell companies merely for the purposes of political funding. [¶215]

Concluding remarks

This judgment of the Indian Supreme Court is significant for multiple reasons. To start with the most obvious one, it takes a democracy-enabling jurisprudential step in extending the right to information of voters to the details of political funding received by political parties in an effort to cement transparency and accountability as the central values of the electoral exercise. More importantly, it does so before the upcoming national elections, breaking the sequence of constant adjournments since the scheme was judicially challenged. Remember that multiple state elections and the 2019 national election have taken place while this scheme was in force and the data, in consonance with our expectation, shows that the largest beneficiaries of this scheme have been the ruling parties [¶68-70, Concurring opinion by Justice Sanjiv Khanna].

The judgment is also important from the viewpoint of the judiciary's perception as an independent institution. The Court made some important choices along the way to reach its judgment – for instance, it considered the EBS and other relevant amendments introduced through the Finance Act of 2017 as electoral reforms rather than economic reforms and it gave primacy to the values of free and fair elections and the right to information of the voters over donor privacy. A different outlook on these questions would result in a completely different outcome.

Lastly, I would like to highlight an observation by the Court about how transparency and disclosure of information could help the voters in making their decisions. This speaks to the important role that media and civil society play in controlling and influencing the societal discourse, and is also relevant from the perspective of arguments pushing for public participation in constitution/lawmaking:

> "*For the information on donor contributions to be relevant and essential, it is not necessary that voters have to take the initiative to peruse the list of contributors to find relevant information which would enable them to cast their vote effectively. Electronic and print media would present the information on contributions received by political parties, and the probably link between the contribution and the license which were given to the company in an accessible format. The responses to such information by the Government and political parties would go a long way in informing the voters.*"

Moeen Cheema

Pakistan's Qazi Court and Who is Afraid of the Cricket Bat

Prohibition of the Cricket Bat as an Electoral Symbol

doi: 10.59704/90e82fac46f9696a

In a fundamental misunderstanding of classical Islamic law, legendary sociologist Max Weber conceptualised it as "Qadi justice" quintessentially characterized as an Islamic judge "sitting under a tree" handing out informal and irrational decisions. Irrational in the sense that the judge was free to make any decision they desired without the constraints of formal rules, precedents and legal considerations.

Weber may have been incorrect in his characterization of Islamic law, but the Qazi Court of Pakistan appears to fit that mould. Electoral democracy in Pakistan will now be haunted by the irrational decisions of the current Supreme Court of Pakistan led by Justice Qazi Faez Isa (September 2023 – Present). In several decisions, the Qazi Court effectively condoned the unconstitutional delay in elections, suppression of the Pakistan Tehreek-e-Insaf (PTI) of Imran Khan's election campaign, and turned a blind eye towards a campaign of repression by the military-backed establishment. However, the unkindest cut of them all to Pakistan's democracy and the legitimacy of the elections was the Qazi Court's decision denying the PTI its electoral symbol: the cricket bat.

The context: Imran Khan's PTI Party and the importance of electoral symbols

Much delayed, disrupted and highly disputed elections have been finally held on February 8, 2024. The people of Pakistan must be commended, especially the supporters of PTI who displayed immense commitment, coordination and courage to cast their votes in the face of political repression and voter suppression. Their mandate is now being stolen, and the only path through this quagmire is *via* the courts. Expecting the Qazi-led judiciary to provide some relief and help clean up the mess is a big ask, however. After all, it was the Qazi Court that provided the architecture for blatant pre- and post-poll rigging that is currently underway.

In the run-up to Pakistan's stifled elections, when Imran Khan was languishing in jail on trumped-up charges, his party structure had been dismantled through a spate of politically motivated cases. A three-member bench of the Qazi Court, headed by the Chief Justice, deprived the PTI of its electoral symbol, the cricket bat, for not conducting fair and transparent intra-party elections. In a country of more than 240 million, with nearly 129 million registered voters, only 58% meet the minimum requirement to be classified as literate. For those who cannot read the ballot paper, the pictorial symbol is the only way to determine who they can and want to vote for. This judgment provided legal cover to a biased Election Commission of Pakistan (ECP), which undertook a systematic campaign of voter suppression by assigning different symbols to PTI candidates.

Worse still, the judgment enabled the ECP to classify the PTI's candidates as "independent". This was specifically designed to leave those PTI-backed – supposedly independent – open to coercive pressure from the military or lucrative financial incentives from rival political parties to switch sides once they were elected. Euphemistically referred to as "horse-trading", the market for elected PTI members is now in full sway. Furthermore, the judgment has deliberately left another issue unanswered. Will the PTI's elected caucus be treated as a party in the allocation of reserved seats for women and minorities as required by the Constitution, which can only be allocated from lists of nominations to registered political parties. Candidates for reserved seats are nominated by each political party prior to the election, and the seats are allotted to each party in the same proportion as their winning candidates. The supposedly independently elected members of PTI have now joined a religious political party, but the outcome remains unclear.

The form over the substance

The best that could be said in defence of the decision in the *PTI election symbol* case is that unlike Weber's pejorative depiction of Qazi justice under the tree, this court has been a stickler for form (legal rules and procedure) over substantive justice. After all, Justice Qazi portrays himself as an iconoclastic and highly legalistic judge who cares more for the black letter of law than ethereal logics such as the spirit of the constitution or the precedents of the Supreme Court. However, the court's reasoning in its detailed judgment betrays such glaring gaps and contradictions of form that such a good faith assessment requires a willing suspension of disbelief.

The detailed judgment issued before the elections refers to a lot of law, but for academics, lawyers and law students it is not worth a read. If it had been written by a second-year law student, it would get a pass mark for identifying many of the relevant legal issues and attempting to address them. For an apex court with a constitutional jurisdiction, the marking rubric demands a fail.

Take, as just one example, the highly technical-sounding argument that the Peshawar High Court, whose decision in favour of the PTI was being appealed by the ECP, lacked jurisdiction. The Qazi Court deemed this as forum shopping since other petitions related to PTI's intra-party elections were pending before other High Courts. The judgment cites a precedent which, by the court's admission, shows that the Peshawar High Court had concurrent jurisdiction with the other High Courts. "This concurrent jurisdiction is, however, subject to the *rule of propriety* according to which a High Court having jurisdiction in a matter if has exercised such jurisdiction, the other High Court which has also jurisdiction in the matter may restrain from exercising its jurisdiction." Note, it is propriety not hard constitutional law or jurisprudence that demanded a self-denial of the jurisdiction by the Peshawar High Court when a similar case was pending before the Lahore High Court. Furthermore, the Peshawar High Court may, should, could, in its own discretion, deny such jurisdiction, which it didn't.

Interestingly enough, the judgment itself highlights in considerable detail and bold font several petitions that had been filed by the PTI over the course of the controversy over its' intra-party elections. The first case defending PTI's June 2022 elections, which had been nullified by the ECP, was pending before the Lahore High Court. The second case was about the nullification of PTI's subsequent intra-party elections held in Peshawar in December 2023, filed before the Peshawar High Court through different petitioners. Forget the rest of the petitions for the moment. These are two different causes of actions arising out of two separate decisions of the ECP, which could have been, and were, entertained by separate High Courts. The forum shopping fallacy is glaring.

Feigned propriety instead of constitutional principles

More notably, the judgment is not worth a read for what is not in it. Short of writing an imagined alternate judgment for the court, an interesting new methodology in comparative constitutional law academic circles, one needs to highlight just a few omissions. Amid all the talk of democracy, which was used to justify an expansive reading of the bare and rather technical provisions of the Elections Act, there was no reference to constitutional provisions and precedents that militate against the banning of a political party in such a casual manner. Article 17(2) of the Constitution, the freedom of association provision, states that "where the Federal Government declares that any political party has been formed or is operating in a manner prejudicial to the sovereignty or integrity of Pakistan, the Federal Government shall, within fifteen days of such declaration, refer the matter to the Supreme Court whose decision on such reference shall be final." No such declaration was made, nor a reference filed before the Qazi Court. Nonetheless, the Qazi Court effectively de-registered the PTI without a glance at the text of the Constitution.

There was also no attempt to seriously engage with the entrenched jurisprudence on freedom of association and the significance of electoral symbols. The Supreme Court of Pakistan has firmly established since the Benazir Bhutto case, dating as far back as 1989, that the electoral symbol essentially belongs to the voter as an element of their freedom of association, and not just to the concerned political party, its officials, or registered members. However, for the Qazi Court, the sanctity of ordinary legislation easily trumped provisions of the Constitution and the precedents of Pakistan's constitutional courts.

If propriety is the gold standard for the Qazi Court, live streaming and TV coverage of the court's proceedings, a novelty introduced by the incumbent Chief Justice, have betrayed an utter lack of it in cases concerning the PTI. Arguably, the biggest failing of the Qazi Court, which is

now fully evident and a matter of historical record even in its early days, is lack of consistency. Of course, judges and courts have different judicial approaches and methods. What is not defensible, however, is the same court or a judge adopting different approaches and methods in different cases. It is the flip-flop between changing approaches, such as the broad reading of the constitution in some cases or a pedantic reading of ordinary legislation in defiance of established constitutional principles in other cases. The *PTI election symbol* case raises serious questions of judicial bias, prejudice and/or incompetence.

The *PTI election symbol* judgment paid so much homage to democracy that anyone living in Pakistan or having any interest in its politics should have rejoiced at the courage of the court and its stance on ensuring free and fair elections. It doesn't seem like anyone was fooled, though. People voted in large numbers despite confusion over the symbols allotted to PTI members and defeated one key aspect of the strategy behind the denial of the cricket bat symbol to the party.

The Qazi Court's tattered robes

With the post-poll rigging on display, Pakistan's February 8 elections have been deprived of any remaining façade of legitimacy. The country's most popular political party has effectively been deregistered and will now be denied its established mandate. The not-so-proverbial horses of independent candidate trading have bolted, and the allocation of reserved seats for women and minority candidates remains unresolved. A whole host of petitions challenging rigging in specific constituencies will meander through the judicial system while the weak and delegitimized government will be formed.

The emperor of law has been paraded, and the tattered robes are for all to see. The worst "managed" (euphemism for rigged) elections in Pakistan's recent history are not the Qazi Court's making, but it has willingly played its part. History will judge later, but the epitaph of the Qazi Court and the Generals' election of 2024 has already been etched in stone.

Über den Verfassungsblog

Der Verfassungsblog ist ein gemeinnütziges und globales Forum an der Schnittstelle von Wissenschaft und Journalismus. Wir öffnen Diskurse im öffentlichen Recht — international, interdisziplinär und open access. Wir werden in der Politik gelesen, von Gerichten zitiert und in der Wissenschaft diskutiert. In Deutschland, Europa und darüber hinaus.

Im Herbst 2024 wird in Thüringen gewählt. Was passiert, wenn autoritär-populistische Parteien staatliche Machtmittel in die Hand bekommen? In den Monaten bis zur Landtagswahl suchen wir mit dem Thüringen-Projekt Antwort auf diese Frage.

Die Blog-Timeline ist das Herzstück des Verfassungsblogs. Hier veröffentlichen wir in der Regel täglich fachliche Analysen und Kommentare zu aktuellen Ereignissen und Entwicklungen in Verfassungsrecht und -politik.

Unsere Blog-Symposien umfassen in der Regel 10 bis 15 Artikel, die sich mit den neuesten Forschungsergebnissen von Wissenschaftler*innen auseinandersetzen.

Unser Podcast Verfassungspod setzt sich vertieft mit spezifischen Rechtsfragen von aktueller Relevanz auseinander. In jeder mehrteiligen Folge stecken Wochen und Monate an Recherche, Interviews mit Expert*innen, der Erstellung des Skripts und des Schnitts..

Unser wöchentliches Editorial wird auf der Website des Verfassungsblogs veröffentlicht und als Newsletter an mehr als 13.000 Abonnenten verschickt.

Mit einer Spende können Sie die Arbeit des Verfassungsblogs unterstützen.

Unsere Open-Access-Bücher können Sie sich unter Verfassungsblog.de/books ansehen.

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL