

05/2025
Mai

Verfassungs blatt

Verfassungsblog
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20251203-094742-0
URN urn:nbn:de:0301-20251203-094742-0-3

Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de)
Published by Verfassungsbooks, contents first published on [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de)

Max Steinbeis Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28-29
12045 Berlin
verfassungsblog.de
kontakt@verfassungsblog.de
© 2025 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



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

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Wehrhafte Demokratie Militant Democracy

<i>Lilli Hasche</i> (Noch) nicht verboten, aber unvereinbar (Teil I) : Zur Unvereinbarkeit von der AfD mit Gewerkschaften	894
<i>Lilli Hasche</i> (Noch) nicht verboten, aber unvereinbar (Teil II) : Zum Ausschluss von AfD-Mitgliedern aus einer Gewerkschaft	899
<i>Sofiane Benamor</i> Ein administrativer Verfassungsschutz : Was die III.-Weg-Entscheidung des BVerwG für AfD-Beamt*innen bedeuten kann	903
<i>Johannes Maurer</i> Zwischen Bühne und Bann : Die AfD und die Grenzen des Öffentlich-Rechtlichen	907
<i>Foroud Shirvani</i> Gesichert rechtsextremistisch, gesichert verboten? : Was die Einstufung der AfD für ein mögliches Parteiverbot bedeutet	911
<i>Theo Rust</i> Was eine europäische Demokratie aushalten muss : Zu den divergierenden Parteiverbotsmaßstäben von BVerfG und EGMR	914
<i>Vincent Ecke</i> Rechtsextremismus im Partybeat : „Ausländer raus!“ und der Straftatbestand der Volksverhetzung	919

Asyl & Migration Asylum & Migration

<i>Anuscheh Farahat & Lisa Steurer</i> Grenzgänger : Sind die neuen deutschen Grenzkontrollen zulässig?	923
<i>Constantin Hruschka</i> Dobrindts Rechtsbruch : Warum die aktuellen Kontrollen an den deutschen Binnengrenzen rechtswidrig sind	928
<i>Carolin Dörr</i> Wenn Richter:innen sich dumm stellen : Zum geplanten Wechsel vom Amtsermittlungs- zum Beibringungsgrundsatz im Asylrecht	935

Koalitionsvertrag Coalition Agreement

<i>Teresa Fachinger</i> Gleiche Eltern, gleiche Rechte : Zur Verfassungswidrigkeit des Abstammungsrechts	939
<i>Susanne Beck & Maximilian Nussbaum</i> „Lügen“ über das „Lüge-Verbot“? : Was der Koalitionsvertrag zu Desinformation sagt und was das mit dem Strafrecht zu tun hat	943
<i>Heiko Meiertöns</i> Endlich mehr Strategiefähigkeit in der Außen- und Sicherheitspolitik : Der Nationale Sicherheitsrat im Koalitionsvertrag	947

Klimaschutz Climate Protection

<i>Jan-Erik Schirmer</i> Erfolgreich gescheitert : Warum Großemittenten grundsätzlich für Klimaschäden haften können	951
<i>Oliver Geden & Alexander Proelß</i> Netto, neutral, egal? : Zum Verhältnis von Klimawissenschaft und Klimapolitik im Recht	955

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Ruben Fabers</i> Ein Verfassungsauftrag für die Ewigkeit? : Keine Ablösung der Staatsleistungen für Religionsgemeinschaften in Sicht	960
--	-----

<i>Adil Demirkol & Benjamin Rasidovic</i> Zwischen Deutung und Hoheit : Zur Symbolverwendung durch Bundestagsabgeordnete im Plenarsaal	964
<i>Johannes Maurer</i> Drum prüfe, wer sich ewig bindet : 50 Jahre Radikalenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts	969

Europa Europe

Digitales Digital

<i>Cristina Frattone</i> Anatomy of a Fall : On the Anticipated Withdrawal of the AI Liability Directive Proposal	973
<i>Alberto Alemanno</i> Text Messages, Transparency, and the Rule of Law : Pfizergate and the Fight for Institutional Accountability	976

Asyl- & Staatsangehörigkeitsrecht Asylum & Naturalisation law

<i>Lorin-Johannes Wagner</i> Fury and Surprise Anchored in Dogmas and Myths : Reflections on Commission v. Malta and its Discontents	980
<i>Luke Dimitrios Spieker</i> It's Solidarity, Stupid! : In Defence of Commission v Malta	984
<i>Ruairi O'Neill</i> The Silent Engine of European Citizenship	988
<i>Anja Bossow</i> What is Citizenship For?	992
<i>Martijn van den Brink</i> Why Bother with Legal Reasoning? : The CJEU Judgment in Commission v Malta (Citizenship by Investment)	995
<i>Dimitry Vladimirovich Kochenov</i> EU Citizenship's New Essentialism : The Solidification of the Illiberal Union	1000
<i>Santiago Dresen</i> The Nationality Lottery : Why Deprivation of Nationality Does Not Constitute Direct Discrimination on the Basis of Ethnic Origin	1005
<i>Agostina Pirrello</i> Tilting the Scales : The Burden of Proof When Power Wears an EU Uniform	1009
<i>Matilde Rocca</i> Longing for Safety before the European Court of Justice : The Advocate General's Advisory Opinion in Alace and Canpelli	1013
<i>Marie-Laure Basilien-Gainche</i> Dismantling Jus Soli : On the Decision of the Conseil Constitutionnel n° 2025-881 DC	1016

EGMR ECtHR

<i>Clemens Arzt</i> Versammlungsfreiheit auch mit Plastikvisier : Warum es den EGMR braucht, um Versammlungsfreiheit auch in Deutschland zu verstehen	1020
<i>Mariam Begadze</i> Georgia's Foreign Agent Law 2.0 : Activating ECtHR's Rule 39 as a Tool of Militant Constitutionalism	1024
<i>Roman Zinigrad</i> The Dark Side of Humor : The ECtHR and the Normalization of Hate Speech	1028
<i>Peter Hilpold</i> Challenging Strasbourg : The May 2025 Letter and the Pushback Against the European Court of Human Rights	1031

Ungarn Hungary

<i>Gábor Mészáros</i> We the Bugs : Constitutionalizing "Enemies"	1035
<i>Renáta Uitz</i> A Threat to the Core : Why the New Hungarian Transparency Bill is an Attack on the Foundations of the European Union	1038
<i>Gábor Mészáros</i> Another Thread in the Spider Web : Hungary's Suspension of Citizenship	1044

Italien Italy

- Ylenia Maria Citino*
Addio, Rule of Law? : A Critical Comment on Italy's Trajectory on Security, Surveillance, and Freedom 1048
- Adeodata Kanyamihanda*
Safe for whom? : The Advocate General's Opinion in LC and LP v Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di Roma 1052

Verschiedenes Miscellaneous

- Giuliano Vosa*
All This for "Primacy"? : Quos Vult Deus Perdere, Dementat Prius 1056
- Radosveta Vassileva*
Hot Rule of Law Potatoes : The CJEU's Formalism in Joined Cases C-313/23, C-316/23, C-332/23 and Its Implications 1060
- Maria Skóra*
Poland's Polarised Presidency 1064
- Emily Ottley*
Challenging Safe Access : What Ongoing Anti-Abortion Demonstrations Mean for the Practical Realisation for Safe Access Zones Laws in Great Britain 1067

International International

USA USA

- William E. Scheuerman*
Trump 2.0 as "Dual State"? 1071
- Anja Bossow*
Whom Is Citizenship For? : In Defense of a Militant Rule of Law Mechanism 1074
- Juha Tuovinen*
The Meta Oversight Board in the Trump Era : A Subtle Shift with Far-Reaching Consequences? 1078
- Austin Sarat*
A Blow to Our Constitutional System 1081
- Blake Emerson*
Undoing the American Rechtsstaat : What U.S. Law Is (Not) Prepared For 1084
- Jannis Lennartz*
Fasten für den Überfluss? : Die Abundance-Agenda in den Vereinigten Staaten 1088
- Sophie Roche & Lea Hansen*
Wenn Wissensquellen versiegen : Was die Finanzkürzungen der US-Regierung für Herkunftslandinformationen in Asylverfahren bedeuten 1092

Türkei Türkiye

- Sandra Scherbarth & Noah Kistner*
Falsches Vertrauen 1096
- Aytekin Kaan Kurtul*
Criminalising Boycott Calls : How Hate Speech Laws Are Weaponised in Turkey 1101

Verschiedenes Miscellaneous

- Kai Ambos & Stefanie Bock*
Genozid in Gaza? : Einige vorläufige völker(straf)rechtliche Überlegungen 1104
- Debadatta Bose*
Taking Labour Law for a Ride : Why the Gig Economy Must Have Labour Anti-Avoidance Rules 1107
- Luis Fernando Paiz Lemus*
Legality Over Accountability? : How to Resolve the Rule of Law Dilemma in Guatemala 1110
- Samer Alnasir*
From Syrian Revolution to Constitutional Ambiguity : The New Temporary Constitutional Declaration Reinforces Individual Rule 1114

Lilli Hasche

(Noch) nicht verboten, aber unvereinbar (Teil I)

Zur Unvereinbarkeit von der AfD mit Gewerkschaften

doi: 10.59704/f73976be63f6f244



Die Alternative für Deutschland (AfD) vertritt Positionen, die den gewerkschaftlichen Grundwerten widersprechen. Die gewerkschaftliche Interessenvertretung von Beschäftigten ist mit einer Mitgliedschaft in der AfD nicht vereinbar. Gewerkschaften dürfen die AfD deshalb per Unvereinbarkeitsbeschluss zu einer gegnerischen Organisation erklären und Mitglieder ausschließen, die zugleich Mitglied der AfD sind – und sollten das auch tun.

In diesem ersten Teil zeige ich, warum ein Unvereinbarkeitsbeschluss bei der AfD möglich ist. Der zweite Teil wird in den nächsten Tagen erscheinen und thematisieren, ob und wie nach einem solchen Unvereinbarkeitsbeschluss AfD-Mitglieder aus der Gewerkschaft ausgeschlossen werden können.

„Gesichert rechtsextrem“

Am 2. Mai 2025 hat das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) das lang erwartete Ergebnis seiner Prüfung der AfD [veröffentlicht](#), die Einstufung als „gesichert rechtsextremistische Bestrebung“ am 8. Mai 2025 jedoch nach seiner Stillhalteusage vorerst [ausgesetzt](#). Das Gutachten wurde nicht veröffentlicht, inzwischen jedoch [geleakt](#). Nach Einschätzung des Inlandsnachrichtendienstes besteht kein Zweifel mehr, dass die AfD insgesamt rechtsextremistisch ist und sich gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung richtet. Bis zuletzt war die AfD als rechtsextremistischer „Verdachtsfall“ eingestuft worden, eine Einschätzung, die auch das [OVG NRW in seinem Urteil vom 13. Mai 2024](#) teilte.

Die Industriegewerkschaft Metall (kurz IG Metall) und die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di haben

zusammen fast 4 Mio. Mitglieder, das sind über 70% der insgesamt 5,7 Mio. Mitglieder der Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB). Der DGB ist der größte Zusammenschluss von Gewerkschaften in Deutschland. Als große politische Interessenvertretungen sind Gewerkschaften wichtige Player im Kampf gegen Rechts. Sie bieten Austausch- und Organisierungsmöglichkeiten, organisieren Protestaktionen und Bildungsangebote, informieren und positionieren sich öffentlich zu aktuellen Themen. Sie können Organisationen durch einen Unvereinbarkeitsbeschluss als „gegnerisch“ einstufen – das gilt auch für die AfD.

Individuelle vs. kollektive Koalitionsfreiheit

Unvereinbarkeitsbeschlüsse von Gewerkschaften bewegen sich in einem Spannungsfeld zwischen der individuellen Koalitionsfreiheit des Mitglieds und der kollektiven Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft, die beide aus Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 11 Abs. 1 EMRK abgeleitet werden.

Die individuelle Koalitionsfreiheit schützt als Individualgrundrecht u.a. Beschäftigte in ihrem Recht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Koalitionen – also Gewerkschaften – zu bilden. Das Bilden umfasst die Gründung, den Beitritt, den Austritt und das Fernbleiben von Gewerkschaften.

Die kollektive Koalitionsfreiheit schützt die Gewerkschaften selbst. Sie umfasst nicht nur das Recht, ihre Aufgaben zu verfolgen, sondern „schützt ihren Bestand, ihre Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte [sowie] die Selbstbestimmung der Koalitionen über

ihre innere Ordnung“ (BVerfGE 100, 214, 221). Für die (tarif-)politische Vertretung ihrer Mitglieder gegenüber „dem sozialen Gegenspieler“ ist es in besonderer Weise erforderlich, dass die Gewerkschaften nach innen solidarisch sind und nach außen geschlossen auftreten:

„Vor allem darauf beruht ihre Fähigkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder wirksam zu fördern und zu wahren. [...] Gegnerfreiheit gehört [deshalb] zum Wesen der [...] Koalitionen.“ (BVerfGE 100, 214, 222)

Weil der Zweck der kollektiven Koalitionsfreiheit darin besteht, die Interessen der Arbeitnehmenden wahrzunehmen, sind Gewerkschaften notwendigerweise „interessengerichtet“. Um innere Geschlossenheit sicherzustellen, dürfen Gewerkschaften gegnerische Organisationen bestimmen und unter bestimmten Voraussetzungen Mitglieder dieser Organisationen ausschließen (BVerfGE 100, 214, 222). Dies ist auch darin begründet, dass der Schutzbereich nicht etwa auf einen (tarifpolitischen) Kernbereich beschränkt ist, sondern sich darüber hinaus auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen erstreckt (BVerfGE 148, 296, 344). Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 EMRK verlangt also keine politische Neutralität; die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsinteressen“ unterliegt insoweit keiner inhaltlichen Vorgabe oder Beschränkung“. ¹

Unvereinbarkeitsbeschlüsse grundsätzlich zulässig

Im Rahmen ihrer grundrechtlich gewährten Autonomie dürfen Gewerkschaften Unvereinbarkeitsbeschlüsse gegenüber gegnerischen Organisationen fassen. Gegenüber politischen Parteien ist dies mindestens dann möglich, wenn sich die Partei gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung richtet, die Gewerkschaft sich in ihrer Satzung aber explizit dazu bekennt. Dies entschied der BGH bereits 1991 im

Falle von Mitgliedern der Marxistisch-Leninistische Partei Deutschlands.² Der Gewerkschaft fällt hier eine Einschätzungsprärogative zu (BGH, Urt. v. 15.10.1990 – II ZR 255/89), sodass die Ermittlung und Bewertung der Tatsachen dem zuständigen Gewerkschaftsorgan unterliegt.³ Das „Gericht kann [...] nicht ohne weiteres seine Überzeugung und seine Wertmaßstäbe an die Stelle derjenigen des Verbandes setzen“⁴, sondern Maßstab ist das Demokratieverständnis der Gewerkschaft.⁵ Das Gericht nimmt keine eigene Beurteilung (Subsumtion-/Billigkeitskontrolle) vor, sondern kann lediglich die sachlichen Gründe für den Unvereinbarkeitsbeschluss auf Nachvollziehbarkeit kontrollieren (BGH, Urt. v. 15.10.1990 – II ZR 255/89).

Kürzlich hatte das LG Berlin II (Az. 24 O 293/24 eV) über einen Gewerkschaftsausschluss zu entscheiden, dem gerade kein Unvereinbarkeitsbeschluss vorausging: In dem Fall erkannte die Gewerkschaft dem AfD-Mitglied seine Wählbarkeit und seine Funktion als Vertrauensmann wegen der Mitgliedschaft in einer antidemokratischen oder antigewerkschaftlichen Partei, ab (§ 6 Abs. 2 ver.di-Satzung). Entgegen den oben skizzierten Maßstäben prüfte der Richter selbst, ob die AfD als antidemokratisch oder antigewerkschaftlich einzuordnen ist, und unterzog dabei die gewerkschaftliche Einschätzung einer vollständigen Kontrolle, die sich nach obigen Maßstäben als grundrechtswidrig erweist. Er forderte „konkrete gerichtlich verwertbare Verstöße“, obwohl das Gericht bei der Bewertung der Gegnerschaft gar keine Tatsachenkontrolle vornehmen darf. Damit verkannte er den verfassungsrechtlich gebotenen Beurteilungsspielraum der Gewerkschaft. Zudem kritisierte das Gericht, die AfD sei ja nicht verboten. Auf ein Verbot kann es aber gar nicht ankommen, weil nicht dem Bundesverfassungsgericht, sondern allein der Gewerkschaft die Beurteilung der politischen Unvereinbarkeit zusteht. Außerdem gelten für eine solche politische Unvereinbarkeit mit einem „interessegeleiteten“ Verein wie der

¹ Huber/Voßkuhle/Kemper, 8. Aufl. 2024, GG Art. 9, Rn. 112.

² BGH, Urteil vom 4. März 1991 – II ZR 90/90; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1990 – II ZR 255/89 –, juris, Rn. 7.

³ Stark, Ausschluss und Austritt aus arbeitsrechtlichen Koalitionen, 2013, S. 110.

⁴ BGH, Urt. v. 19.10.1987 – II ZR 43/87 –, BGHZ 102, 265–280.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Mai 1994 – 7 W 14/94 –, juris, Rn. 24.

Gewerkschaft notwendigerweise niedrigere Maßstäbe als für ein staatliches Verbot einer Partei.

Stattdessen gilt: Gewerkschaften dürfen durch die demokratisch dazu befugten Gremien eine entsprechende Satzung aufzustellen, die auch Regelungen über die Unvereinbarkeit mit gegnerischen Organisationen enthalten darf. Auf dieser Grundlage dürfen sie Organisationen und auch politische Parteien zu gegnerischen Organisationen erklären. Die [gerichtlichen Feststellungen zur Verfassungsfeindlichkeit der AfD](#) stützen die Einordnung als gegnerisch zwar, jedoch kommt es darauf nicht an – maßgeblich ist allein die sachgerechte Wertung der Gewerkschaften.

AfD als gegnerische Organisation

Die IG Metall (§ 11 Nr. 1 S. 2 IGM-Satzung) und die ver.di (§ 6 Ziff. 3 ver.di-Satzung) sehen in ihren Satzungen die Möglichkeit vor, eine Organisation durch einen Unvereinbarkeitsbeschluss zur gegnerischen Organisation zu erklären. In beiden Satzungen ist der Begriff der gegnerischen Organisation nicht weiter konkretisiert. Es liegt deshalb nahe, den gegnerischen Charakter aus den in der jeweiligen Satzung festgelegten Werten, Zielen und Aufgaben der Gewerkschaft abzuleiten. Eine andere Organisation wäre dann als gegnerisch einzuordnen, wenn die in der Satzung genannten Fundamente der Gewerkschaft denen der gegnerischen Organisationen entgegenstehen.

DGB, ver.di, und die IG Metall stützen sich in ihren Zweck-, Ziel- und Aufgabenbestimmungen der jeweiligen Satzung auf ähnliche Grundwerte. Eine Säule ist das Entstehen für die Werte der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, insbesondere für Demokratie und Menschenrechte. Zweitens setzen sie sich im Sinne der Beschäftigten für die Förderung des Sozialstaats ein. Drittens stellen der Erhalt und die Förderung der Bedingungen gewerkschaftlicher Organisation und betrieblicher Beteiligung selbst fundamentale Werte der Gewerkschaften dar. Auf diesen drei Säulen beruht ihr gewerkschaftliches Handeln.

Für den Unvereinbarkeitsbeschluss muss die herangezogene Tatsachengrundlage nachvollziehbar sein, d.h. die Wertung „gegnerisch“ auf Verdachtsmomenten basieren, die nicht evident sachwidrig und

willkürlich sind. Solche Verdachtsmomente liegen mittlerweile eindeutig vor: Aus offiziellen Positionierungen der AfD (wie Wahl- oder Grundsatzprogrammen), öffentlichen Äußerungen zentraler Mitglieder sowie Veröffentlichungen ergibt sich, dass die Positionen der AfD den oben genannten Fundamenten entgegenstehen.

So stellte das OVG NRW in seinem [Urteil vom 13. Mai 2024](#) fest, dass die AfD die Menschenwürde missachtet. Zu diesem Ergebnis kam auch das BfV, sowohl in seinem [Gutachten von 2021](#) (zum Verdachtsfall) als auch in seinem jüngsten Gutachten zur Einstufung als „gesichert rechtsextremistische Bestrebung“. Die von der AfD postulierten Positionen stehen im eklatanten Widerspruch zu dem gewerkschaftlichen Ziel, Gleichheit in allen gesellschaftlichen Lebensbereichen tatsächlich zu verwirklichen, gerade auch in der Arbeitswelt, unabhängig von ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Identität. Außerdem missachtet die AfD das Demokratieprinzip, indem sie den Parlamentarismus und seine Vertreter*innen verächtlich macht und dadurch die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen gefährdet, so das OVG NRW ([Rn. 258-267](#)).

Ablehnung des Sozialstaats und der (DGB-)Gewerkschaften

Außerdem vertritt die AfD politische Positionen, die einer an solidarischer Gleichberechtigung orientierten Verbesserung von Arbeits- und Lebensbedingungen entgegenstehen – dem primären Ziel der Gewerkschaften. So lehnt sie etwa einen [gesetzlichen Mindestlohn und das geplante Tariftreuegesetz](#) ab, das vorschreiben soll, dass öffentliche Aufträge des Bundes nur noch an Unternehmen vergeben werden, die nach Tarif zahlen. Kündigungsschutz und Mitbestimmungsregeln sieht sie als „[Wettbewerbsnachteile](#)“ für die deutsche Wirtschaft und die Stärkung von Arbeitnehmer*innenrechten als „[massiven Eingriff in Weisungsrecht, Vertragsfreiheit und unternehmerische Freiheit](#)“. Diesen Dissens haben der DGB, IGM und ver.di immer wieder öffentlich bekräftigt.

Auch das gesellschaftliche Grundverständnis von AfD und den genannten Gewerkschaften widerspricht sich fundamental: Die AfD leugnet den Interessengegensatz zwischen Arbeitgebenden und Beschäftigten. Das kommt beispielsweise in [Äußerungen von Björn Höcke](#) zum Ausdruck, der behauptet, dass „Soziale Frage der Gegenwart [...] nicht primär die Verteilung des Volksvermögens von oben nach unten, unten nach oben, jung nach alt oder alt nach jung [ist]. Die neue deutsche Soziale Frage des 21. Jahrhunderts ist die Frage nach der Verteilung des Volksvermögens von innen nach außen“ – bestehe also zwischen den Menschen, die nach seinem rassistischen Weltbild zum ‚Volk‘ dazugehören, und denen, die ausgegrenzt, entrechtet und deportiert werden sollen.

Die AfD richtet sich zudem politisch unmittelbar gegen (DGB-)Gewerkschaften. Sie stellt sich nicht nur gegen „eine unabhängige Interessenvertretung von abhängig Beschäftigten“ – AfD-Anhänger*innen bedrohen und verunglimpfen sogar [Gewerkschafter*innen, greifen sie tätlich an und hetzen gegen Streiks](#). Der bayerische AfD-Bundestagsabgeordnete Petr Bystron forderte etwa die [Überwachung des DGB durch den Verfassungsschutz](#). Die damalige stellvertretende AfD-Parteivorsitzende [Beatrix von Storch](#) nannte die DGB-Gewerkschaft ver.di bei X eine „offizielle Verbrecherorganisation. Eine Gefahr für die Demokratie. Verfassungsfeinde!“ Der [AfD-Bundestagsabgeordnete Jürgen Pohl](#) bezeichnete die DGB-Gewerkschaften 2021 im Bundestag als „Teil des Problems“ und forderte die Abschaffung des Tarifvorbehalts der Gewerkschaften und damit die Aushöhlung eines zentralen Werkzeugs der Gewerkschaften in Deutschland. Die Aussagen von führenden AfD-Politiker*innen begründen Verdachtsmomente, dass die AfD sich gegen die DGB-Gewerkschaften und die effektive Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit richtet. Daher grenzen sich der [DGB](#), die [IG Metall](#) und [ver.di](#) auch aktiv von der AfD ab und warnen vor den Folgen, die ihre Politik für Beschäftigte hat.

Mit Blick auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung und das Sozialstaatsprinzip vertritt die AfD also Werte und Positionen, die jenen der beiden

Gewerkschaften fundamental widersprechen. Es bestehen zudem Verdachtsmomente dafür, dass die AfD die Grundbedingungen gewerkschaftlicher und betrieblicher Organisation zu untergraben sucht. Die AfD erweist sich damit als eine gegnerische Organisation der IG Metall und der ver.di. Ein Unvereinbarkeitsbeschluss wäre deshalb möglich.

Verfassungsrechtliche Abwägung

Auch verfassungsrechtliche Güter stehen einem Unvereinbarkeitsbeschluss nicht entgegen. Zwar müssen Gewerkschaften grundsätzlich demokratisch organisiert sein. Dieses gewerkschaftsinterne Demokratieprinzip wäre durch einen Unvereinbarkeitsbeschluss jedoch nicht gefährdet. Denn die AfD überschreitet die Grenze der der Gewerkschaft zumutbaren Toleranz darin, dass sie „Bestand und prinzipielle Zielsetzungen des [...] Verbandes“⁶ offen bekämpft – das müssen Verbände nicht dulden.

Das Grundgesetz garantiert in Art. 21 die freie Gründung und Betätigung sowie die Chancengleichheit der Parteien. Auch diese Gleichfreiheit der Parteien ist durch einen Unvereinbarkeitsbeschluss nicht verletzt. Weder sagt der Unvereinbarkeitsbeschluss etwas zur Verfassungswidrigkeit (und einem etwaigen Parteiverbot) aus, noch ist eine staatlich festgestellte Verfassungswidrigkeit für einen gewerkschaftlichen Unvereinbarkeitsbeschluss erforderlich. Rechte der Mitglieder werden dadurch ebenfalls nicht verletzt, weil der Unvereinbarkeitsbeschluss selbst – anders als der Ausschluss, um den es in Teil II gehen wird – nicht in Rechte der jeweiligen Mitglieder eingreift, sondern in abstrakt-genereller Weise Organisationsfragen der Gewerkschaft regelt.

Die AfD zu einer mit einer Gewerkschaft unvereinbaren Organisation zu erklären ist also grundsätzlich zulässig, wenn der Beschluss und die Wertung als „gegnerisch“ auf der Satzung beruhen und vom zuständigen Organ beschlossen werden. Vergleicht man die satzungsmäßigen gewerkschaftlichen Werte mit denen der AfD, so zeigt sich, dass es auch gute Gründe dafür gibt, eine solche Erklärung auszusprechen. Dabei ist irrelevant, ob die Erklärung einer

⁶ Wank, Zum Ausschluss von Mitgliedern aus einer Gewerkschaft, 1994, S. 358.

gerichtlichen Vollüberprüfung standhalten würde: Die Gewerkschaften haben im Rahmen ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit einen Ermessensspielraum; sie können nach ihrer weltanschaulichen Prägung einen eigenen Maßstab entwickeln und umsetzen, der keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Diesen Freiraum sollten sie auch nutzen – solange sie noch können. Gleichzeitig ist es Aufgabe der Gerichte, die entsprechenden demokratischen Freiheiten der Akteur*innen zu wahren, damit die resiliente Demokratie auch in einer resilienten Arbeits- und Wirtschaftsverfassung Ausdruck finden kann.

Lilli Hasche

(Noch) nicht verboten, aber unvereinbar (Teil II)



Zum Ausschluss von AfD-Mitgliedern aus einer Gewerkschaft

doi: 10.59704/7562759828ccc598

Laut Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) ist die AfD mittlerweile „gesichert rechtsextremistisch“. Sie vertritt Positionen, die den gewerkschaftlichen Grundwerten fundamental widersprechen. Im [ersten Teil](#) meines Beitrags habe ich gezeigt, dass Gewerkschaften die AfD deshalb per Unvereinbarkeitsbeschluss zu einer gegnerischen Organisation erklären können. Doch dürfen Gewerkschaften AfD-Mitglieder – insbesondere auf der Grundlage eines Unvereinbarkeitsbeschlusses – aus ihren Reihen ausschließen?

In diesem zweiten Teil werde ich zeigen, dass auch der Gewerkschaftsausschluss von AfD-Mitgliedern möglich ist – anders, als eine kürzliche Entscheidung des LG Berlin II vermuten lässt.

Individuelle vs. kollektive Koalitionsfreiheit

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs sind ein Ausschluss und damit auch mildere Maßnahmen grundsätzlich möglich, sofern sie verhältnismäßig sind ([BVerfGE 100, 214, 222](#); [BGH, Urt. v. 10. Dezember 1984, II ZR 91/84](#)). Die Ausschlussentscheidung darf im Einzelfall nicht gesetzes- oder sittenwidrig ([BGH, Urteil vom 28. September 1972, II ZR 5/70, Rn. 9](#)) oder willkürlich sein, sondern muss verhältnismäßig und „durch sachliche Gründe gerechtfertigt [...] sein“ ([OLG Frankfurt, Urteil vom 22. August 2001, 23 U 177/00](#)). Die Entscheidung kann auf einem Unvereinbarkeitsbeschluss beruhen, aber auch ohne einen solchen Beschluss erfolgen. Bei einem Ausschluss von Gewerk-

schaftsmitgliedern kollidiert die individuelle Koalitionsfreiheit des einzelnen Mitglieds mit der kollektiven Koalitionsfreiheit der ausschließenden Gewerkschaft. Auch in dieser Konstellation muss in jedem Fall die „[Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung und das Gewicht der entgegenstehenden Rechtsgüter](#)“ der Parteien gegeneinander abgewogen werden, um die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs sicherzustellen.

Für das auszuschließende Mitglied liegen die Nachteile auf der Hand: Die Gewerkschaftsmitgliedschaft ermöglicht neben der Teilhabe an der Interessenvertretung als Arbeitnehmer:in auch weitere Vorteile (z.B. Rechtsschutz, Streikgeld, Vorteile in einzelnen Tarifverträgen) und berührt grundsätzlich das Recht auf Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG.¹ Wird die Mitgliedschaft verwehrt, hat dies also wirtschaftliche und ideelle Nachteile für die betroffenen Mitglieder.²

Die Gewerkschaft übt mit dem Ausschluss ihr Recht aus, über ihre Ausrichtung und innere Ordnung selbst zu bestimmen ([BVerfGE 100, 214, 221](#)). Um die Gegner*innenfreiheit sicherzustellen, dürfen Gewerkschaften [gegnerische Organisationen bestimmen](#) und unter bestimmten Voraussetzungen Mitglieder dieser Organisationen ausschließen: „Verbandsinterne Regularien, die diese Voraussetzungen sicherstellen sollen, sind [...] zentrales Schutzgut des Art. 9 Abs. 3 GG.“ ([BVerfGE 100, 214, 222](#))

Sie dürfen also Mitgliedschaft und Ausschluss eigenständig regeln und im Einzelfall darüber

¹ Sachse, Das Aufnahme- und Verbleiberecht in den Gewerkschaften der Bundesrepublik, 1985, S. 190.

² Wank, Zum Ausschluss von Mitgliedern aus einer Gewerkschaft, 1994, S. 357.

entscheiden. Das gilt explizit auch, „wenn ein Mitglied einer mit den Zielen der Gewerkschaft unvereinbaren Gruppierung, insbesondere einer gegnerischen politischen Partei, angehört (BGH, Urt. v. 15. Oktober 1990, II ZR 255/89, [Rn. 5](#)).

Liegt kein Unvereinbarkeitsbeschluss vor, basiert der Ausschluss nicht allein auf der Satzung selbst, sondern auf einem Rechtsgedanken aus dem außerordentlichen Kündigungsrecht von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB). Danach ist eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dieses Recht wird in der Satzung mit Regelungen zum Fehlverhalten von Mitgliedern konkretisiert. Auch diese Regelungen sollen die Ausrichtung und innere Ordnung sicherstellen und sind von der kollektiven Koalitionsfreiheit gedeckt. Für beide Konstellationen gilt: Beschäftigte haben zwar aufgrund der machtvollen Stellung von Gewerkschaften grundsätzlich einen Anspruch auf Mitgliedschaft in der zuständigen Gewerkschaft. Dieser steht jedoch zurück, wenn das Interesse der Gewerkschaft an der Nichtaufnahme bzw. dem Ausschluss überwiegt (BGH, Urt. v. 10. Dezember 1984, II ZR 91/84).

Bei der Abwägung macht es einen Unterschied, ob ein Unvereinbarkeitsbeschluss vorliegt: In diesem Fall wiegt der Grundsatz der Gegner*innenfreiheit schwer und lässt die Waage in Richtung Gewerkschaft kippen. Ohne Unvereinbarkeitsbeschluss liegt die Hürde für die Gewerkschaft, den Anspruch auf Mitgliedschaft abzulehnen, zwar höher, ist aber dennoch möglich.

AfD-Mitglieder wohl in der Regel unzumutbar

Für Gewerkschaftsmitglieder, die Mitglied einer gegnerischen Organisation sind, aber nicht prominent für diese auftreten, hat der BGH die Rechtmäßigkeit von Ausschlussentscheidungen teils ausdrücklich offengelassen³, teils gebilligt⁴. Wann die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, wird dabei nicht (einheitlich) beantwortet. Für beide Seiten grundrechtswahrend ist deshalb meines Erachtens nur eine klar an den grundrechtlichen Vorgaben orientierte Abwägung im Einzelfall: Wenn die Interessen der Gewerkschaft am Ausschluss im konkreten Fall überwiegen, ist ein Ausschluss zulässig (BGH, Urteil vom 10. Dezember 1984, II ZR 91/84, [Rn. 16](#)). Neben dem Grad der Gegner:innenschaft der Partei und dem individuellen Unterstützungsbeitrag, sind auch mögliche Distanzierungen des Mitglieds gegenüber der gegnerischen Organisation (BGH, Urteil vom 4. März 1991, II ZR 90/90) in die Abwägungsentscheidung einzubeziehen.

Bei Personen, die als Partei-Funktionäre oder Mandatsträger:innen offen für die Partei auftreten, fällt die Abwägung eindeutiger aus.⁵ Sie müssen sich das Programm der Partei zurechnen lassen, zumindest insoweit sie sich nicht glaubhaft distanziert haben.

Die Meinungs- und Gewissensfreiheit individueller Mitglieder aus Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG steht einem Ausschluss nicht entgegen, weil auszu-schließenden Mitgliedern ihre politischen Überzeugungen nicht verwehrt werden, diese aber mit den Zielen der Organisation vereinbar sein müssen.⁶

Dies entspricht auch den menschenrechtlichen Vorgaben: So ist mit der individuellen Koalitionsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 EMRK kein allgemeines Recht verbunden, einer Gewerkschaft unabhängig von deren Regeln beizutreten (EGMR, *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) gegen UK*, Urt. v.

³ BGH, Urteil vom 15. Oktober 1990, II ZR 255/89.

⁴ BGH, Urteil vom 10. Dezember 1984, II ZR 91/84, [Rn. 15 f.](#); Urteil vom 4. März 1991, II ZR 90/90, [Rn. 12](#).

⁵ BGH, Urteil vom 28. September 1972, II ZR 5/70; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1990, II ZR 255/89, NJW 1991, 485, [Rn. 5](#); BVerfG vom 21.12.1992, 1 BvR 1537/90, Rz 3f.; anders nur BGH, Urteil vom 27. September 1993, II ZR 25/93; Reuter, OLG Frankfurt EWiR § 25 1/89, S. 748; Stöhr, Grundlagen des Tarifrechts und Koalitionsrechts, 2016, S. 62; Thalmann, Der politisch motivierte Ausschluss aus Gewerkschaften, 1974, S. 140; Stark, Ausschluss und Austritt aus arbeitsrechtlichen Koalitionen, 2013, S. 107-110, 112. Sachse, Das Aufnahme- und Verbleiberecht in den Gewerkschaften der Bundesrepublik, 1985, S. 192.

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 15. Oktober 1990, II ZR 255/89, juris, [Rn. 5](#). So auch Sachse, Das Aufnahme- und Verbleiberecht in den Gewerkschaften der Bundesrepublik, 1985, S. 195; Wank, Zum Ausschluss von Mitgliedern aus einer Gewerkschaft, 1994, S. 358.

27. Februar 2007 – 11002/05). Einzelpersonen können den Ausschluss jedoch abwenden, indem sie aus der AfD austreten oder sich angemessen von den Tätigkeiten der Partei distanzieren.⁷ Hinzu kommt, dass tatsächlich nicht alle Beschäftigten der entsprechenden Branche gewerkschaftlich organisiert sind, **im Schnitt waren es in der Metall- und Elektroindustrie 2017 knapp unter 50%**. Vor diesem Hintergrund scheint eine Mitgliedschaft in der IGM zwar vorteilhaft und wichtig zu sein, aber für den Genuss basaler Arbeitnehmendenrechte nicht unbedingt erforderlich.

Der Eingriff in die individuelle Koalitionsfreiheit von Mitgliedern ist also zum Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit von Gewerkschaften gerechtfertigt, sofern der Ausschluss dazu dient, die innere Geschlossenheit sicherzustellen, und zu diesem Zweck verhältnismäßig ist.

Rechtsstaatliche Verfahrensvorgaben

Dabei muss der Ausschluss nicht nur grundrechts-, sondern auch satzungskonform sein. Die Satzung der IG Metall regelt den Ausschluss wegen der Mitgliedschaft in einer gegnerischen Organisation in §§ 3 Ziff. 7, 9 Ziff. 1 und 11. Auch die ver.di-Satzung schließt die ver.di-Mitgliedschaft für Personen aus, die einer gegnerischen Organisation angehören (§ 6 Ziff. 3) und trifft Vorgaben für den Ausschluss (§ 12 Ziff. 1).

Weil Ausschlussentscheidungen konkrete Individuen unmittelbar betreffen, sind in Bezug auf Ausschlüsse die Anforderungen an die Entscheidung höher, das Ermessen der Gewerkschaften stärker eingeschränkt⁸ und der Umfang der gerichtlichen Kontrolle umfassender als bei der gerichtlichen Überprüfung von Unvereinbarkeitsbeschlüssen (zu den dortigen Anforderungen **siehe Teil I**).

Bei der Ausschlussentscheidung muss, wie oben skizziert, zwischen den Grundrechten der Gewerkschaft und denen des auszuschließenden Mitglieds abgewogen werden. Um diese Abwägung zu ermögli-

chen, muss die Ausschlussentscheidung eine Ermessensentscheidung sein, auch wenn die Satzung dies nicht so vorsieht. Die zuständige Untersuchungskommission muss im Einzelfall sorgfältig abwägen und dabei nach der Intensität der Unterstützungsleistung differenzieren. Der Ausschluss darf als intensivste Eingriffsform in die Mitgliedsrechte nur *ultima ratio* bleiben.

Die Entscheidung der Untersuchungskommission wiederum ist dann – wegen ihres Beurteilungs- und Ermessensspielraums – nur noch eingeschränkt gerichtlich überprüfbar.⁹ So ist bei Ausschlüssen gerichtlich überprüfbar, ob die Entscheidung eine Grundlage in der Satzung hat, auf einem ordnungsgemäßen Verfahren beruht, durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist,⁹ insbesondere ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für einen Ausschluss vorliegen¹⁰ und die Tatsachen ordentlich ermittelt wurden.¹¹ Die Anforderungen an das gewerkschaftsinterne Verfahren sind jedoch geringer als bei einem Gerichtsverfahren, denn von einem privatrechtlichen Verein oder Verband ist **„im Allgemeinen nicht mehr zu verlangen, als dass seine Ausschlussorgane gewisse allgemeingültige Verfahrensgrundsätze beachten“**.

Die Entscheidung des LG Berlin II

Gegen diese grund- und satzungsrechtlichen Anforderungen hat sich nun das **LG Berlin II (Az. 24 O 293/24 eV)** gestellt, als es im Januar 2025 gewerkschaftsinterne Sanktionsmaßnahmen gegen ein Mitglied – ohne vorherigen Unvereinbarkeitsbeschluss – vorläufig auf Eis legte. In dem Fall ging es um einen ver.di-Vertrauensmann, dem seine Wählbarkeit in gewerkschaftliche Funktionen und seine Position als Vertrauensmann entzogen wurde. Das LG Berlin II entschied (zumindest im einstweiligen Rechtsschutz), dass die Gewerkschaft hierzu nicht berechtigt war.

Dabei legte das Gericht die internen Rechtsgrundlagen der Gewerkschaft aus und kam zu dem Ergebnis,

⁷ Sachse, Das Aufnahme- und Verbleiberecht in den Gewerkschaften der Bundesrepublik, 1985, S. 192.

⁸ BGH, Urt. v. 19. Oktober 1987 – II ZR 43/87, BGHZ 102, 265-280.

⁹ BGH, Urt. v. 19. Oktober 1987 – II ZR 43/87, BGHZ 102, 265-280; BGH, Urt. v. 15. Oktober 1990 – II ZR 255/89.

¹⁰ BGH, Urt. v. 15. Oktober 1990 – II ZR 255/89.

¹¹ BGH, Urt. v. 30. Mai 1983 – II ZR 138/82, BGHZ 87, 337-346.

dass die Aberkennung der Wählbarkeit in gewerkschaftliche Funktionen und der Funktion als Vertrauensmann nicht von der Satzung gedeckt seien. Dies erkennt jedoch die Satzungsautonomie. Die vorhandenen Satzungsvorgaben für den Ausschluss (§ 12 Abs. 1 und 9 und die konkretisierende Richtlinie) gelten erst recht für die milderen Mittel des (teilweisen) Entzugs von Mitgliedschaftsrechten, für die § 12 Abs. 9 der Satzung auch eine Ermächtigung bereit hält. Die möglichen milderen Maßnahmen werden zwar nicht detailliert aufgeführt, sind jedoch kraft Sachzusammenhangs vom Ausschlussrecht umfasst. Denn im Rahmen ihrer sachgerechten Ermessenabwägung müssen der Gewerkschaft auch sämtliche denkbaren milderen Maßnahmen zustehen, damit der Ausschluss tatsächlich *ultima ratio* bleibt.

Das LG Berlin II (24 O 293/24 eV) befand zudem, die „Maßnahme [sei] nicht in angemessener Frist nach Kenntnisnahme über seine Mitgliedschaft und Tätigkeit in der A getroffen“ worden. Darin sah das Gericht also den Fristbeginn. Dieser bestimmt sich aber nicht nur durch die Mitgliedschaft oder individuelle Unterstützungstätigkeiten bzw. ihr Bekanntwerden, sondern auch anhand der Entwicklung der gegnerischen Organisation. Im Fall der AfD haben wir es mit einem sich über Jahre hinziehenden Radikalisierungsprozess zu tun, der die Partei erst zu der antidemokratischen und antigewerkschaftlichen Organisation geformt hat, die sie heute ist. Die Mitgliedschaft in der AfD mag vor diesem Hintergrund vor einigen Jahren mit der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft kompatibel gewesen sein – heute ist sie es nicht mehr. Zudem ist für die Fristberechnung auch relevant, wann die Gewerkschaft ihren Meinungsbildungsprozess zur Einordnung der Organisation abgeschlossen hat. Denn erst danach – etwa ab einem Unvereinbarkeitsbeschluss – kann eine Sanktionierung, die an eine Unterstützung der feindlichen Organisation anknüpft, durch Fristläufe gehindert sein.

Fazit

Je evidenter sich die Positionen der (gegnerischen) Organisation und jene der Gewerkschaft widersprechen und je intensiver die mitgliedschaftliche Unter-

stützung ausfällt, desto naheliegender ist die Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses. Nach diesen Maßstäben kann sich der Ausschluss eines AfD-Mitglieds als verhältnismäßig erweisen – insbesondere auf Grundlage eines Unvereinbarkeitsbeschlusses, aber auch ohne diesen – wegen des offenen Widerspruchs der AfD zu gewerkschaftlichen Positionen. Um stattdessen mildere Mittel vorzuziehen, müssen im Einzelfall gewichtige Gründe hinzukommen, die gegen einen Ausschluss des Gewerkschaftsmitglieds sprechen.

Wichtig ist: Um sich von Verfassungsfeinden abzugrenzen, müssen gewerkschaftliche Ausschlussverfahren verfassungsrechtliche Prinzipien einhalten. Das Verfahren muss eine Grundlage in der demokratischen Satzung haben und rechtsstaatlichen Prinzipien genügen. Die konkrete Entscheidung muss die Grundrechte des auszuschließenden Mitglieds und der Gewerkschaft sauber und nachvollziehbar gegeneinander abwägen, der Ausschluss darf nur gut begründete *ultima ratio* sein. Der Ausschluss wird aber dennoch in vielen Fällen der richtige Weg sein, um die Gewerkschaften in ihrer inneren Geschlossenheit zu schützen und ihnen zu ermöglichen, auch weiterhin einen Beitrag zum Schutz von Menschenrechten und Demokratie zu leisten und sich für die Rechte und Interessen von Beschäftigten einzusetzen. Denn der wahre Wert der Grundwerte zeigt sich in Zeiten, in denen sie in Frage stehen. Grundwerte, für die niemand einzustehen bereit ist, sind bald nichts mehr wert.

Sofiane Benamor

Ein administrativer Verfassungsschutz

Was die III.-Weg-Entscheidung des BVerwG für AfD-Beamt*innen bedeuten kann

doi: 10.59704/c902f4b248ec639b



Dürfen Beamt*innen Mitglied in der AfD sein? Nach der – zwischenzeitlich durch Stillhalteusage wieder ausgesetzten – Heraufstufung der gesamten AfD als „gesichert rechtsextrem“ durch das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) ist auch die Debatte über die Folgen einer AfD-Mitgliedschaft von Beamt*innen wieder entflammt (siehe nur [hier](#) und [hier](#)). Dabei sind die rechtlichen Maßstäbe eigentlich geklärt: Die Heraufstufung vom „Verdachtsfall“ zu „gesichert rechtsextrem“ ist eine kommunikative Kategorie der Öffentlichkeitsarbeit des BfV i.R.d. § 16 Abs. 1 BVerfSchG. Auswirkungen auf politische Treuepflicht und Disziplinarrecht hat diese Hochstufung nicht – oder jedenfalls: *noch* nicht. Denn grundsätzlich genügt die allein passive Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei nicht, um eine Verletzung der politischen Treuepflicht zu begründen. Doch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zum III. Weg könnte das Potenzial bieten, davon abzuweichen und bereits eine „passive Mitgliedschaft“ für disziplinarrechtliche Konsequenzen ausreichen zu lassen.

Politische Treuepflicht und Mitgliedschaft in extremistischen Parteien

Die Anforderungen der Bekenntnispflicht zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung (FDGO) für Beamt*innen und der Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Parteien sind schnell erzählt. Josef Franz Lindner hat sie [auf diesem Blog bereits 2019 für die AfD dargelegt](#).

§ 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG und § 60 Abs. 1 Satz 3 BBG verpflichten die Beamt*innen des Bundes und der Länder, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur FDGO

zu bekennen. Diese Grund- bzw. [Kernpflicht](#) ist ein hergebrachter Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG. Sie wird dadurch legitimiert, dass der moderne Verwaltungsstaat „auf einen intakten, loyalen, pflichttreuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamtenkörper angewiesen“ ist ([BVerfGE 39, 334, 346 ff., Rn. 37](#)).

Zwar erfordert diese Treuepflicht von Beamt*innen „mehr als nur eine formale korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung“, sondern vielmehr eine aktive Distanzierung von jeglichen extremistischen Bestrebungen ([BVerfGE 39, 334, 347, Rn. 38](#)); die *bloße* Mitgliedschaft soll aber nach mittlerweile gefestigter Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht ausreichen, um die disziplinarrechtlich zu ahnende Verletzung der Verfassungstreuepflicht zu begründen, sondern lediglich als wesentliches Indiz bei der individuellen Gesamtwürdigung des Bekenntnisses der Person zur FDGO dienen (vgl. [Nitschke](#); Voßkuhle, NVwZ 2022, 1841, 1843).

Das BVerwG differenziert hier bisher zwischen *einerseits* der aktiven Einbringung, u.a. in Führungsfunktionen der verfassungsfeindlichen Partei, und *andererseits* der rein passiven Mitgliedschaft. Letztere schließt ein verfassungstreu Verhalten nicht per se aus ([BVerwGE 61, 176, 182](#)), insbesondere wenn der Beamte sich während der Mitgliedschaft „noch mit Aussicht auf Erfolg dafür einsetzt, dass diese [verfassungsfeindlichen Bestrebungen] ernsthaft und nachhaltig unterbunden werden“ ([BVerwGE 114, 258, 284](#)). Diese differenzierte Berücksichtigung der bloßen Mitgliedschaft ist nicht zuletzt auf die konventionsrechtlichen Direktiven der Art. 10, 11 EMRK zurückzuführen (Voßkuhle, NVwZ 2022, 1841, 1843). Im Fall

Vogt gegen Deutschland hat der EGMR 1993 festgestellt, dass die Entlassung der deutschen Gymnasiallehrerin Vogt allein wegen ihrer Aktivität in der DKP einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 10 und 11 EMRK darstellt. So weit, so bekannt. Das heißt also: Man kann AfD-Mitglied und verfassungstreuer Beamter sein, solange man nicht selbst aktiv an Bestrebungen gegen die FDGO teilnimmt.

Neue Judikatur zum III. Weg

Allerdings: In einem Urteil zur rechtsextremen Kleinstpartei III. Weg ist das BVerwG 2024 von diesem etablierten Verständnis abgewichen. Danach ist selbst die bloße Mitgliedschaft in dieser Partei als Betätigung gegen die FDGO zu qualifizieren, die die Nichteinstellung in den Staatsdienst rechtfertigt. Denn der III. Weg unterscheidet sich dadurch von anderen Parteien, dass er keine „Karteileichen“ dulde, sondern von all seinen Mitgliedern das aktive Eintreten für die Programmatik und Ziele der Partei fordere (Urteil vom 10.10.2024 – BVerwG 2 C 15.23, Rn. 67 f.). Diese „Loyalitätserwartung“ könne der Einzelne durch eine passive Mitgliedschaft, die unterhalb der disziplinarrechtlichen Schwelle bleibt, gar nicht erst erfüllen. Auch sieht das BVerwG keinen Widerspruch zum Parteienprivileg, das üblicherweise als zentrales Argument gegen Minusmaßnahmen unterhalb der Schwellen in Art. 21 Abs. 2 und 3 GG angeführt wird. So führt das BVerfG aus (BVerfGE 144, 20, 200, Rn. 526):

„Bis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht ist ein administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei schlechthin ausgeschlossen, mag diese sich gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung auch noch so feindlich verhalten.“

Das BVerwG wendet jedoch mit Bezug zur ständigen Rechtsprechung ein: Art 21 Abs. 4 GG verbiete nur die spezifischen Rechtsfolgen von Art. 21 Abs. 2 GG – nicht aber, eine Parteimitgliedschaft bei der individuellen Gesamtwürdigung des Mitglieds zu berücksichtigen bzw. als Indiz zu werten (Rn. 51; vgl. ausführlich Honer, NVwZ 2024, 704).

Damit bricht das BVerwG die etablierte Dogmatik in gerade einmal drei Randnummern auf. Dem III. Weg wird eine qualitative Relevanz attestiert, die ihn von „sonstigen“, d.h. wahrscheinlich „relevanten“, auch extremistischen Parteien unterscheidet. Diese qualitative Relevanz gründet nicht einfach in einer stärkeren Verfassungsfeindlichkeit als etwa bei der NPD. Entscheidend seien vielmehr die besondere organisatorische Dynamik und die normative Erwartung an die Mitglieder, aktiv an verfassungsfeindlichen Bestrebungen teilzunehmen. Diese besonderen Rahmenbedingungen des III. Weges rechtfertigen es aus Sicht des BVerwG offenbar, die Parteimitgliedschaft von einem berücksichtigungsfähigen Indiz zu einer unwiderleglichen Vermutung für eine Treuepflichtverletzung hochzustufen.

Nitschke versucht den Neuheitswert der Entscheidung zu relativieren, indem er auf das Urteil zur Deutschen Kommunistischen Partei von 1979 verweist (BVerwG, Urte. v. 11.10.1979 – 2 B 92/78, juris Rn. 9). Bereits damals hätte das BVerwG ähnlich argumentiert. Die dortige Argumentation denkt jedoch Parteimitgliedschaft und aktive Betätigung noch deutlich stärker zusammen, als es die vorliegende Entscheidung tut.

Auswirkungen der Entscheidung auf Beamt*innen in der AfD

Ist damit der Weg frei, um schon bei der bloßen Mitgliedschaft in der AfD unwiderlegbar anzunehmen, dass die Treuepflicht verletzt ist? Legt man den Maßstab aus III. Weg nun bei der Beurteilung der AfD-Mitgliedschaften von Beamt*innen an, fallen zunächst offensichtliche Unterschiede auf: Während der III. Weg als Kleinstpartei mit gerade einmal 800 Mitgliedern bundesweit (Verfassungsschutzbericht 2023, S. 78) bedeutend höhere Loyalitäts- und Folgerwartungen stellen kann, wird die AfD wohl kaum eine ähnliche innere Verbundenheit und Bereitschaft von ihren mittlerweile 52.000 Mitgliedern fordern können. Auch ist sie zwar zweifelsfrei rechtsextrem und verfassungsfeindlich; es liegen insoweit also tatsächliche Anhaltspunkte für FDGO-feindliche Bestrebungen vor (§ 4 Abs. 1 Satz 5 BVerfSchG). Die Heraufstufung als „gesi-

chert rechtsextrem“ ist sicherlich richtig. Daran ändert auch die Stillhalteusage des BfV nichts; bei dieser handelt es sich bloß um eine [verwaltungsprozessuale Sicherung](#), die nichts über die Erfolgsaussichten sagt.

Dennoch wird man angesichts der Argumentationslinie des BVerwG schwerlich die „bloße“ Verfassungsfeindlichkeit allein anführen können, um an die AfD-Mitgliedschaft disziplinarrechtliche Folgen anzuknüpfen, denn zwischen III. Weg und AfD bestehen erhebliche qualitative Unterschiede.

Der III. Weg mit seinem an der NSDAP angelehnten Parteiprogramm ([Verfassungsschutzbericht Bayern 2023, S. 189](#)) unternimmt nicht einmal den Versuch, seine militant-neonazistische Ausrichtung zu verbergen ([Schedler 2020, S. 6](#)). Er propagiert in seinen eigenen Publikationen offen den Umsturz des Systems, um einen „revolutionären Moment“ auszulösen ([Stoll 2024, S. 88](#)). Die Partei lässt in ihren Regelwerken und dem Auftreten keinen Zweifel daran, dass sie eine institutionalisierte Plattform für aggressiv-kämpferischen Aktivismus der Neonaziszene bietet. Eine „passive“ Mitgliedschaft in dieser Partei ist kaum denkbar, geschweige denn eine Mitgliedschaft, die kritisch distanziert bleibt und versucht, sich innerhalb der Partei für die FDGO einzusetzen.

Auf die AfD trifft das nicht zu. Zur Sicherheit: Diese Feststellung relativiert nicht den Rechtsextremismus in der Partei; dieser muss als solcher benannt werden: Das BfV hat die Hochstufung der AfD in einem über 1000-seitigen Gutachten dargelegt. Das OVG Münster sieht in seinem [Urteil](#) zur Bestätigung der Einstufung als „Verdachtsfall“ tatsächliche Anhaltspunkte für muslimfeindliche und antidemokratische Bestrebungen in der Partei. Auf diesem Blog [argumentierten jüngst eine Reihe namhafter Wissenschaftler*innen](#), dass die AfD bereits eine hinreichende Tatsachengrundlage liefere, um ein Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG zu rechtfertigen.

Nach dem bisherigen Rechtsmaßstab der Judikatur begründet die reine Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Parteien nur ein widerlegliches Indiz für die Verletzung der politischen Treuepflicht und keine unwiderlegliche Vermutung. Danach ist nicht anzunehmen, dass in der AfD eine dem III. Weg vergleich-

bare Einheitlichkeit der Ziele und Willensrichtung ihrer Mitglieder herrscht. Dies zeigen insbesondere die parteiinternen Richtungsstreitigkeiten, Ausschlussverfahren und anderweitigen Konflikte, die immer wieder zu Tage treten. Man darf stark bezweifeln, dass sich im Jahr 2025 noch ein AfD-Mitglied glaubhaft gegen den Rechtsextremismus in der Partei stellen kann. Der beamtenrechtliche Maßstab zur Treuepflicht ging aber schon bei der DKP und der NPD noch von dieser Möglichkeit aus. Für die AfD wird man daher auch nach der Entscheidung des BVerwG zum III. Weg zunächst noch davon ausgehen müssen, dass eine Mitgliedschaft allein nicht dafür ausreicht, die Verletzung der Treuepflicht zu vermuten.

Ausblick und Interpretationsversuch

Höchststrichterliche Rechtsprechung mit überraschenden Ergebnissen lädt dazu ein, über ihre Gründe zu spekulieren. Wieso sieht sich das BVerwG bei einer Parteimitgliedschaft im III. Weg gezwungen, eine Verletzung der politischen Treuepflicht auch ohne aktive Übernahme von Funktionsämtern anzunehmen, entgegen der weit überwiegenden, seit Jahrzehnten gefestigten Meinung – und das, obwohl doch der betreffende Referendar genau ein solches Funktionsamt innehatte und es diesen dogmatischen Bruch daher gar nicht gebraucht hätte? Zwei Interpretationen sind möglich.

Die erste Interpretationsmöglichkeit betrifft die besonderen Rahmenbedingungen der Partei. Vieles spricht dafür, dass der III. Weg die Organisation als „Partei“ nicht deshalb nutzt, um an Wahlen teilzunehmen (vgl. § 2 PartG), sondern um in den Genuss des Parteienprivilegs zu kommen. Die „Partei“ hat sich etwa in Bayern aus gewaltbereiten Neonazis des „Freien Netz Süd“ gegründet, welche wiederum eine verbotene Ersatzorganisation der Fränkischen Aktionsfront war und als solche wiederum [ebenfalls 2014 durch das Bayerische Innenministerium verboten wurde](#). Der III. Weg als Parteiorganisation dient primär dazu, die verfassungsrechtlich geschützte Parteienfreiheit zu nutzen und von der Sperrwirkung des Art. 21 Abs. 2, 4 GG für das Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG, § 2 VereinsG Gebrauch zu machen. Ein ernsthaftes

Interesse an der Teilnahme am politischen Wettbewerb hat die Partei nicht, vielmehr profiliert sie sich durch [aufsehererregende Demonstrationen](#) und [Solidaritätsaktionen](#). Die Struktur nutzt also die verfassungsrechtliche Privilegierungswirkung des Art. 21 GG, übt ein Mindestmaß an politischem „Wahlkampf“ und parlamentarischem Vertretungsinteresse raus, um eine administrativ nicht untersagbare Neonaziorganisation zu betreiben. Vielleicht möchte das BVerwG diesem unbefriedigenden Ergebnis beikommen, indem es jedenfalls für den spezifischen Fall der politischen Treuepflicht eine Gleichstellung mit sonstigen aktiven verfassungsfeindlichen Bestrebungen vornimmt. Denn das BVerfG könnte den III. Weg kaum verbieten, weil dafür nach der [NPD-II-Entscheidung](#) notwendig wäre, dass die Partei nicht nur verfassungsfeindliche Ziele hat, sondern konkrete Anhaltspunkte von Gewicht aufweist, die einen Erfolg des gegen die FDGO oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen (sog. Potenzialität).

Die andere Interpretationsmöglichkeit liest die Entscheidung als bewussten Bruch mit der Dogmatik: Das BVerwG probiert tatsächlich, die bisherige Berücksichtigungsfähigkeit der Parteimitgliedschaft aufzuweichen und die Mitgliedschaft als solche ausreichen zu lassen, um daran administrative Folgen insbesondere für Beamt*innen zu knüpfen. Dies tut sie zunächst beim Sonderfall III. Weg, öffnet so jedoch die grundsätzliche Möglichkeit für andere, nicht nur formelle Parteien. Wenn ein Gebot erst einmal Ausnahmen zulässt, stellt sich nur noch die Frage nach dem Wie, nicht mehr die nach dem Ob. Die nun konstruierte Ausnahme lässt sich umstandslos weiterentwickeln. So betraf der vorliegende Fall beispielsweise nur die Neueinstellung in den Staatsdienst (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG), nicht die politische Treuepflicht für bereits bestehende Beamtenverhältnisse (§ 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG), ließe sich aber in weiterer Rechtsprechung potenziell übertragen.

Da die [Regierungsfraktion der Union einem AfD-Verbotsantrag beim BVerfG kritisch gegenübersteht](#) und das politische Ermessen bei der Antragstellung (BVerfGE 40, 287, 290, Rn. 17) nach überwiegender und

zutreffender [Ansicht nicht reduzieren lässt](#), wird das Instrumentarium der wehrhaften Demokratie sich auf administrativer Ebene entfalten müssen. Florian Meinel schlug neulich vor, [qualitativ innerhalb des Parteienprivilegs zu differenzieren](#), sollte sich der Verbotsantrag weiter hinauszögern. Das Parteienprivileg könne nicht mehr uneingeschränkt gelten, wenn aufgrund einer verfahrenen politischen Situation das Verfassungsinstrument aus Art. 21 Abs. 2 GG nicht genutzt werden könne. Das ist einerseits ein radikaler Vorschlag. Andererseits ist eine gesichert rechtsextreme Partei in der Größe der AfD eine neue Herausforderung, auf die die altbekannten Schemata vielleicht einfach nicht mehr passen. Die Entscheidung zum III. Weg könnte ein erster Schritt hin zu einem neu gedachten administrativen Verfassungsschutz sein.

Johannes Maurer

Zwischen Bühne und Bann

Die AfD und die Grenzen des Öffentlich-Rechtlichen

doi: 10.59704/abe9ce038983629a



Nachdem die AfD vom Verfassungsschutz als gesichert extremistische Bestrebung eingestuft wurde, ist eine Debatte darum entbrannt, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk (ÖRR) der Partei weiter Sendezeit geben soll. Dabei wurde unter anderem in den Raum geworfen, dass es gegen den Programmauftrag der öffentlich-rechtlichen Sender verstoße, wenn sie AfD-Funktionäre einladen. Eine Untersuchung der normativen Grundlagen ergibt, dass keine Pflicht dazu besteht, die AfD nicht einzuladen. Rechtspolitisch wäre es ohnehin fragwürdig, an die Einstufung des Verfassungsschutzes, die rechtlich auf einer dünnen Grundlage steht und das Ergebnis einer dem Innenministerium unterstellten Behörde ist, weitreichende Rechtsfolgen zu knüpfen. Dennoch verbleiben den Öffentlich-Rechtlichen durchaus Handlungsspielräume.

Eine gesichert extremistische Partei

Am 2. Mai 2025 hat das Bundesamt für Verfassungsschutz die AfD als gesichert extremistische Bestrebung [eingestuft](#). Die Reaktionen aus Politik und Gesellschaft waren gewaltig. So forderte der Ministerpräsident von Schleswig-Holstein, Daniel Günther, ein [AfD-Verbot](#). Diskutiert wird außerdem, ob die Einstufung Auswirkungen auf [AfD-Mitglieder im öffentlichen Dienst](#) haben muss. Auch wenn der Verfassungsschutz hinsichtlich der Hochstufung mittlerweile eine [Stillhalteusage abgegeben](#) hat – die Einstufung also im Rahmen des von der AfD angestrebten gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt ist – bleibt die Relevanz der aufgeworfenen Fragen bestehen. Dies gilt auch für einen ausgiebig diskutierten Post von Monitor-Moderator Georg Restle auf Twitter, der forderte, auch der ÖRR müsse Konsequenzen aus der Hochstufung der AfD ziehen. Eine Gleichbehandlung von Rechtsextre-

misten verstoße gegen den Programmauftrag, Verfassungsfeinden dürfe keine Bühne gegeben werden – [„nicht in Talks, nicht in der Tagesschau.“](#) Aber wäre es tatsächlich ein Verstoß gegen den Programmauftrag, wenn der ÖRR die AfD in seinen Sendungen weiter – wie bisher – berücksichtigen würde?

Der Programmauftrag der Öffentlich-Rechtlichen

Der Programmauftrag der Öffentlich-Rechtlichen ergibt sich grundlegend aus der verfassungsmäßigen Funktion des Rundfunks aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Als dienende Freiheit soll der Rundfunk durch Information Meinungsbildung ermöglichen. Damit verlangt die Rundfunkfreiheit, wie es das BVerfG formuliert, dass [„die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichstster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und dass auf diese Weise umfassende Information geboten wird.“](#) Diesen Auftrag hat der einfache Gesetzgeber abstrakt zu konkretisieren, darf dabei aber keine Vorgaben machen, die sich unmittelbar auf das Programm auswirken, [da die konkrete Programmgestaltung in Händen des ÖRR verbleiben muss](#). Mit dieser Entscheidung bindet sich auch der Gesetzgeber hinsichtlich der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die so ausgestaltet sein muss, [dass der Auftrag erfüllt werden kann](#). Diese inhaltliche „abstrakte Konkretisierung“ des Auftrags, die für Rundfunkprogramme wie Telemedienangebote gilt, nimmt der Gesetzgeber in § 26 MStV wahr. Um das Verhältnis von Programmauftrag und der Einstufung einer Partei als extremistisch zu klären, müssen möglichen Varianten eines Ausschlusses aus dem Öffentlich-Rechtlichen betrachtet werden. [Restle](#) forderte, der AfD „keine Bühne“ zu bieten und dürfte damit das, was den meisten vorschwebt, die ähnliche Forderung

gen stellen, gut beschreiben. Dieser Ansatz würde wohl darauf hinauslaufen, die AfD bei allen Gelegenheiten auszuschließen, bei denen sich die Partei selbstbestimmt der Öffentlichkeit präsentieren kann. Betroffen wären also Talkshows oder Interviews, nicht aber die Berichterstattung über die AfD generell. Eine solche Forderung würde ohnehin eindeutig gegen den verfassungsrechtlichen Auftrag, über das relevante Geschehen zu berichten, der auch in § 26 Abs. 1 S. 2 MStV niedergelegt ist, verstoßen – die AfD ist eine zu relevante Tatsache, als dass die Öffentlich-Rechtlichen sie ignorieren dürften, insbesondere in Nachrichtensendungen wie der Tagesschau.

Programmauftrag contra AfD?

Lässt sich aus dem Programmauftrag also ein „Auftrag contra AfD“ entnehmen? Dieser Gedanke könnte normativ aus der Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks abgeleitet werden. Da dieser dem Zweck dient, Demokratie zu ermöglichen, könnte darin hinsichtlich des Programmauftrags eine Art Verbot einer demokratieschädlichen Ausgestaltung des Programms liegen. Dieser Gedanke kann auch an der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Programmauftrags angeknüpft werden. § 26 Abs. 1 S. 1 MStV verlangt vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk, „die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse“ der Gesellschaft zu erfüllen, was inhaltlich der verfassungsmäßigen Funktion aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entspricht (BeckOK InfoMedienR/Gersdorf, 47. Ed. 1. Mai 2021, MStV § 26 Rn. 14). Darüber hinaus fordert § 26 Abs. 1 S. 3 MStV, den „gesellschaftlichen Zusammenhalt“ zu fördern. Den Wortlaut dieser Normen vor Augen, ließe sich argumentieren, dass Einladungen der AfD zu Talkshows und Interviews den Zielen zuwiderlaufen: Die AfD kann sich, unterstützt von Falschaussagen (wie bspw. [im Bundestagswahlkampf](#)), präsentieren, Angriffe auf demokratische Institutionen vor einem breiten Publikum führen und die gesellschaftliche Spaltung vorantreiben. Zu beachten ist auch, dass Rundfunksender durch § 3 S. 1 MStV in ihrem Angebot generell an die Menschenwürde gebunden werden. Angesichts der teilweise menschenfeindlichen Äußerungen von AfD-Funktionären

könnte dies ebenfalls für einen generellen Ausschluss der AfD streiten, zumal die Hochstufung der Partei durch den Verfassungsschutz maßgeblich auf der Missachtung der Menschenwürde beruht. § 26 Abs. 2 S. 1 MStV hilft hingegen bei dieser Argumentation nicht weiter. Er bindet den ÖRR zwar an die „verfassungsmäßige Ordnung“, der Begriff ist dabei aber nicht im Sinne der Demokratieschutznormen, sondern vielmehr – wie im Rahmen der Schrankenbestimmung bei Art. 2 Abs. 1 GG – als Bindung des ÖRR an die gesamte Rechtsordnung zu verstehen.

Kein Programmauftrag contra AfD

Allerdings sprechen gewichtige Gründe dagegen, dass sich der Programmauftrag zu einer Pflicht verdichtet, die AfD auszuschließen. So baut die Argumentation über die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darauf auf, dass die Einladung der AfD tatsächlich der Demokratie schadet. Selbst wenn man die AfD wegen des Gutachtens des Verfassungsschutzes als rechtsextreme und antidemokratische Partei ansehen darf – hierauf wird zurückzukommen sein – fehlt doch ein empirischer Beleg dafür, dass die Programmgestaltung des Öffentlich-Rechtlichen der Partei so maßgeblich nutzt, dass das Programm als demokratieschädlich bezeichnet werden kann. Das gilt besonders, weil auch hinsichtlich der Alternative, also einem Ausschluss der Partei, unklar ist, ob dieser ihr nicht nutzen würde. Vor allem beruht aber der Grundgedanke, das Programm müsse durch inhaltliche Gestaltung die Demokratie schützen, auf einem Fehlverständnis der Funktion des ÖRR. Die dienende Funktion der Öffentlich-Rechtlichen vollzieht sich gerade über die journalistischen Standards folgende Berichterstattung, die Neutralität und Vielfalt voraussetzt. Als Grundlage für die Meinungsbildung kommt der ÖRR demnach nur in Betracht, wenn er in der Lage ist, diesem Leitbild zu folgen. Ein „Demokratievorbehalt“ über den Gegenstand der Berichterstattung würde diese Entscheidung für einen bestimmten Sachverhalt – hier eine politische Partei – vorwegnehmen und damit dem Konzept eines der Demokratie durch ein meinungsbildendes Programm dienenden ÖRR de facto aushebeln. Die Rundfunkfreiheit vertraut dabei auf die Bürger*innen

als Rezipient*innen und geht davon aus, dass sie selbst die richtigen Schlüsse aus der Berichterstattung ziehen. In diesem Sinne kann auch § 26 Abs. 2 S. 2 MStV verstanden werden, der von den Öffentlich-Rechtlichen „Objektivität und Unparteilichkeit“ verlangt. Die Norm hat insbesondere den Zweck, „den für Missbrauch besonders anfälligen Bereich der politischen Kommunikation gegen Vereinnahmung von außen oder innen“ zu schützen (Beck RundfunkR/ Eifert, 5. Aufl. 2024, MStV § 26 Rn. 89); sie folgt also dem Gedanken, dass die der Demokratie dienende Funktion der Öffentlich-Rechtlichen nur durch Neutralität und Vielfalt erreicht werden kann. Weiterhin muss beachtet werden, dass die Öffentlich-Rechtlichen hinsichtlich ihres Programms nicht nur grundrechtsberechtigt, sondern auch grundrechtsgebunden sind. So kann sich die AfD auf den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 38 Abs. 1 bzw. 3 Abs. 1 GG berufen. Auch dieser Aspekt spiegelt sich in § 26 Abs. 2 S. 2 MStV wider.

Der Verfassungsschutzbericht: Ein fragwürdiger Anknüpfungspunkt

Nicht nur die rechtliche Begründbarkeit eines Verstoßes gegen die Programmfreiheit durch Einladung der AfD, sondern auch die Grundlage, auf der dieser unterstellt wird, wirft Zweifel auf. So berief sich Restle in seinem Posting, [ebenso wie andere](#), auf die neue Einstufung der AfD durch den Verfassungsschutz. Dass diese Verknüpfung nicht den gesetzlichen Vorstellungen entsprechen kann, wird klar, sobald man Überlegungen dazu anstellt, was es bedeuten würde, wenn sich für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Rechts)folgen hinsichtlich seines Programmauftrags aus Einschätzungen des Verfassungsschutzes ergeben würden. Dann wären die Sender an eine behördliche Entscheidung gebunden, die erst [nachträglich durch ein Nachrichtenmagazin veröffentlicht](#) wurde. Der Programmauftrag würde durch staatliche Einflussnahme auf Kosten der Programmautonomie geschmälert. Hier verbindet sich das oben ausgeführte objektivrechtliche Argument aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG also mit seiner subjektivrechtlichen Gewährleistung für die öffentlich-rechtlichen Sender. Die Funktion als vierte

Gewalt, die von Medien verlangt, gerade staatliches Handeln kritisch zu hinterfragen, um Machtmissbrauch zu verhindern, würde mit Blick auf den Verfassungsschutzbericht kollabieren. Weiterhin muss betont werden, wie unterschiedlich Verfassungsschutzbehörden und Rundfunk in ihre Funktionen für die Demokratie sind. Die Verfassungsschutzbehörden sollen als „Frühwarnsystem“ der Demokratie Daten von potenziell antidemokratischen Bestrebungen sammeln und über diese im Rahmen des „Verfassungsschutz durch Aufklärung“ nach § 16 BVerfSchG berichten. Damit ist die Funktion des Verfassungsschutzes gerade darauf angelegt, Demokratie durch offensive Parteinahme zu schützen. Dem bereits dargestellten Ansatz der Rundfunkfreiheit in ihrer dienenden Funktion steht das diametral entgegen. Auch aus dieser Perspektive ist es fernliegend, Berichte des Verfassungsschutzes als Grundlage für Programmpflichten der Öffentlich-Rechtlichen heranzuziehen. Zuletzt ist die Einstufung des Verfassungsschutzes auch rechtlich gesehen eine ausgesprochen dünne Grundlage, um Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete zu verlangen. So geht die Unterteilung von Beobachtungsobjekten des Verfassungsschutzes in Prüffall, Verdachtsfall und gesichert extremistische Bestrebung nicht auf eine gesetzliche Grundlage zurück, sondern ist eine von der Behörde selbst geschaffene Kategorisierung. An diese, von der Behörde selbst entwickelten Kategorien können kaum Rechtsfolgen mit solcher Tragweite geknüpft werden.

Eine Gefahr, die nicht unterschätzt werden sollte

In dem Bestreben, die ohnehin schon zentrale Stellung des Verfassungsschutzes immer weiter auszubauen, liegt eine nicht unerhebliche Gefahr für die Demokratie. Eine Tendenz in diese Richtung ist derzeit klar erkennbar und hat sich zuletzt bspw. im [Stiftungsfinanzierungsgesetz](#) niedergeschlagen. Rechtspolitische Forderungen, die an Einschätzungen des Verfassungsschutzes geknüpft werden, sind allerdings mit großer Vorsicht zu genießen. Der Inlandsgeheimdienst ist letztlich eine Behörde, die der Fachaufsicht des Innenministeriums untersteht. Was dies im Einzelfall bedeuten kann, zeigte sich in der Amtszeit von Horst Seehofer,

der von seiner Aufsicht auch im Hinblick auf eine Einstufung der AfD durch den Verfassungsschutz als Verdachtsfall Gebrauch machte. Weil es Seehofer politisch geschadet hätte, wenn die Behörde die Aussage „der Islam gehört nicht zu Deutschland“ als Indiz für eine verfassungsfeindliche Einstellung bewertet hätte, ließ er diese Passage **kurzerhand streichen**. In diesem Fall lief das darauf hinaus, dass der Bericht über die AfD abgemildert wurde, es ist aber leicht vorstellbar, dass der Vorgang auch in die umgekehrte Richtung funktionieren würde. Zudem kommt es immer wieder vor, dass Verfassungsschutzbehörden Kapitalismuskritik mindestens in der Nähe von Verfassungsfeindlichkeit einordnen, was angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität der Verfassung geradezu grotesk ist. Solche Einschätzungen sind aber Folgen einer Behörde, die letztlich politisch agieren muss und dabei auf ausgesprochen unbestimmte Rechtsgrundlagen verwiesen ist. Insoweit sollte auch ein weiteres Argument ernst genommen und nicht etwa als Strohmann abgelehnt werden: Wenn die AfD die Möglichkeit bekommt, auf auch nur ein Landesamt für Verfassungsschutz inhaltlich einzuwirken, kann die rechtspolitische Forderung, Konsequenzen an Einstufungen des Verfassungsschutzes zu knüpfen, leicht zum Demokratie aushöhlenden Boomerang werden.

Was kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk tun?

Aus diesem Ergebnis, darf allerdings nicht der Schluss gezogen werden, der öffentlich-rechtliche Rundfunk habe aufgrund seines Funktionsauftrags nur wenig Handhabe im Umgang mit der AfD. Festgestellt wurde lediglich, dass sich aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks keine Pflicht ergibt, eine Partei wie die AfD aus weiten Teilen des Programms auszugrenzen. Dieses Ergebnis schlägt sich auch in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Programmfreiheit nieder. Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk gezwungen ist, die AfD in seine Sendungen einzuladen: Die im Hinblick auf Parteien geforderte Vielfalt verdichtet sich in der Regel nicht zu einem Anspruch, an bestimmten Sendungen teilnehmen zu dürfen, sondern führt nur dazu, dass sie im

Gesamtprogramm „**angemessen zu Wort kommen**“ müssen. Es bleibt also bei dem Befund, dass die redaktionelle Entscheidung darüber, wer zu welchem Thema eingeladen wird, weitgehend ungebunden ist. Gerade darin liegt die Stärke des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Vorstoß Restles scheint vor diesem Hintergrund eher wie ein verzweifelter Versuch, die Sender zu einer anderen Programmpolitik bewegen zu wollen, denn an einem von Verfassungsschutzberichten beeinflussten Rundfunk kann Restle als Journalist eigentlich kein Interesse haben. Es sind also stets die Sender selbst, die entscheiden, wen sie wann und zu was einladen. Sie haben damit maßgeblichen Einfluss darauf, in welchem (inhaltlichen!) Umfang sich die AfD in ihren Sendungen in Szene setzen kann. Unproblematisch möglich bleibt es außerdem, Auftritte von AfD-Politikern durch Expert*innen einordnen zu lassen, Falschaussagen zu entlarven und rechtsextreme Argumentationsmuster aufzuzeigen. Dieser Weg bleibt mühsam und ist riskant – die Bewertung einer Partei durch den Verfassungsschutz bietet aber keine sinnvolle Alternative zur aktiven Programmgestaltung an.

Foroud Shirvani

Gesichert rechtsextremistisch, gesichert verboten?



Was die Einstufung der AfD für ein mögliches Parteiverbot bedeutet

doi: 10.59704/c192769d7d6c8c05

Das Bundesamt für Verfassungsschutz hat in einer aufsehererregenden [Entscheidung](#)¹ die AfD als eine „gesichert rechtsextremistische Bestrebung“ eingestuft. Die Behörde stützt ihre Einstufung auf ein ausführliches internes Gutachten, das aus Gründen des Quellenschutzes nicht veröffentlicht worden ist. Nach einer Pressemitteilung des Bundesamtes für Verfassungsschutz kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass in der AfD als Gesamtpartei ein „ethnisch-abstammungsmäßige[s] Volksverständnis“ vorherrsche, das mit der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes nicht vereinbar sei. Bereits 2021 hatte das Bundesamt die AfD als Verdachtsfall im Sinne des Verfassungsschutzrechts qualifiziert. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen erklärte 2024 diese Einordnung für rechtmäßig (OVG NRW, Urt. v. 13.5.2024, 5 A 1218/22, siehe dazu [Moini](#) auf dem Verfassungsblog).

Unmittelbar nach der jüngsten Einstufung der AfD durch das Bundesamt für Verfassungsschutz sind Stimmen laut geworden, die sich für eine baldige Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens aussprechen oder gar die Einleitung eines solchen Verfahrens für zwingend erachten (siehe [hier](#) und [hier](#)). Andere Stimmen verweisen demgegenüber auf die hohen Hürden des Parteiverbots nach dem Grundgesetz und lehnen einen Automatismus mit Blick auf ein solches Verfahren ab (etwa [hier](#) und [hier](#)). In der öffentlichen Debatte entsteht mitunter der Eindruck, dass zwischen den rechtlichen Anforderungen für die Einstufung der Aktivitäten einer Partei durch die Verfassungsschutzbehörden und für das Verbot einer politischen Partei

durch das Bundesverfassungsgericht nicht unterschieden wird. Bei der Einstufung einer Partei durch das Bundesamt für Verfassungsschutz handelt es sich allerdings nur um eine behördliche Einschätzung, die für ein etwaiges Parteiverbotsverfahren keine Bindungswirkung hat.

Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Prämissen für ein Parteiverbot und für die behördliche Einstufung der Aktivitäten einer Partei in unterschiedlichen Regelwerken normiert sind und nur zum Teil übereinstimmen. Das Bundesamt für Verfassungsschutz hat die Aufgabe, Informationen über Bestrebungen zu sammeln und auszuwerten, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG). Bestrebungen im soeben genannten Sinne sind politisch bestimmte ziel- und zweckgerichtete Verhaltensweisen in einem Personenzusammenschluss, also etwa einer Partei (s. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BVerfSchG). Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung müssen hierbei Aktivitäten vorliegen, die auf die Beeinträchtigung eines der Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet sind, zu denen insbesondere die Menschenwürdegarantie und das Demokratieprinzip gehören (OVG NRW, Rn. 157, 199). Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen können sich zum einen aus den offen formulierten und verdeckten Zielen der Partei ergeben, zum anderen aus den der

¹ Die Pressemitteilung wurde ursprünglich unter dem angegebenen Link veröffentlicht, ist jedoch wegen der Stillhalteusage des BfV inzwischen nicht mehr abrufbar.

Partei zuzurechnenden Äußerungen und Tätigkeiten der Parteimitglieder sowie -anhänger. Entscheidend ist, dass die verfassungsfeindlichen Bestrebungen das „Gesamtbild“ der Partei prägen bzw. die Partei von einer verfassungsfeindlichen „Grundtendenz“ beherrscht wird (OVG NRW, Rn. 165 ff., 173).

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen ging in seiner erwähnten Entscheidung von 2024 davon aus, dass „konkrete und hinreichend verdichtete Anhaltspunkte“ dafür vorlägen, dass die AfD „Flüchtlingen und anderen Zuwanderern, deutschen Staatsangehörigen mit Migrationshintergrund und deutschen und ausländischen Staatsangehörigen islamischen Glaubens die Anerkennung als gleichberechtigte Mitglieder der rechtlich verfassten Gemeinschaft“ versagen wolle und daher die Menschenwürdegarantie missachte (Rn. 203). Das Bundesamt für Verfassungsschutz vertritt in seiner jüngsten Einstufung die Auffassung, dass sich die Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen der AfD zur Gewissheit verdichtet hätten.

Anforderungen an ein Parteiverbot durch das BVerfG

Die Voraussetzungen für ein Parteiverbot sind in Art. 21 Abs. 2 GG geregelt. Demnach setzt ein Parteiverbot insbesondere voraus, dass eine Partei, nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Das Bundesverfassungsgericht hat 2017 im zweiten NPD-Verbotsverfahren (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13) die Parteiverbotsvorschrift teilweise neu interpretiert und die Voraussetzungen für ein Parteiverbot eher restriktiv formuliert (siehe zu den Anforderungen [hier](#)). Im Rahmen der Parteiverbotsvorschrift ist das zentrale Schutzgut die freiheitliche demokratische Grundordnung. Eine Partei geht darauf aus, diese Grundordnung zu „beeinträchtigen“, wenn sie – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „qualifiziert die Außerkraftsetzung der bestehenden Verfassungsordnung betreibt“, sich also gegen eines der Kernelemente dieser Grundordnung (Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat) wendet (Rn. 556). Eine verfassungsfeindliche Zielsetzung der Partei reicht für

ein Parteiverbot nicht aus. Die Partei muss vielmehr planvoll vorgehen, also kontinuierlich auf die Verwirklichung eines verfassungsfeindlichen politischen Konzepts hinarbeiten. Erforderlich ist eine „qualifizierte Vorbereitung“, nämlich ein „zielorientierter Zusammenhang zwischen eigenen Handlungen und der Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ (Rn. 576 f.). Verfassungsfeindliche Aktionen einzelner Parteianhänger genügen hierbei prinzipiell nicht. Die Partei muss die Grenze zum „Bekämpfen“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung überschreiten (Rn. 573, 576).

Im Urteil zum zweiten NPD-Verbotsverfahren arbeitete das Bundesverfassungsgericht heraus, dass die frühere NPD (nun: „Die Heimat“) ein strategisches Konzept verfolge. Konkret ging es um die sog. „Vier-Säulen-Strategie“ der Partei, die den „Kampf um die Köpfe“, „Kampf um die Straße“, „Kampf um die Parlamente“ und „Kampf um den organisierten Willen“ beinhaltete. Die NPD versuche, so das Gericht, diese Strategie planmäßig umzusetzen und auf die Idee der ethnisch homogenen „Volksgemeinschaft“ hinarbeiten (Rn. 855 f.).

Was das eine für das andere bedeutet

Eine seriöse Vorbereitung eines etwaigen gegen die AfD gerichteten Verbotsantrags sollte von den erwähnten Leitlinien ausgehen, die das Bundesverfassungsgericht im zweiten NPD-Verbotsverfahren formuliert und 2024 in seinem Urteil zum Ausschluss der NPD/Die Heimat von der staatlichen Parteienfinanzierung (BVerfG, Urt. v. 23.1.2024, 2 BvB 1/19) im Wesentlichen bestätigt hat. Es ist eher unwahrscheinlich, dass das Bundesverfassungsgericht in einem gegen die AfD gerichteten Verbotsverfahren von diesen Leitlinien wesentlich abweicht. Legt man diese Leitlinien zugrunde, erkennt man, dass die Voraussetzungen für ein Parteiverbot durch das Bundesverfassungsgericht im Vergleich zu den Voraussetzungen für die Einstufung einer Partei als einer „gesichert rechtsextremistischen Bestrebung“ durch das Bundesamt für Verfassungsschutz weitreichender bzw. anspruchsvoller sind. Das Parteiverbot setzt insbesondere eine qualifizierte

Vorbereitungshandlung und ein strategisches Konzept der Partei zur planvollen Umsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Zielsetzungen voraus. In einem etwaigen Verbotsantrag müsste daher nachgewiesen werden, dass die AfD ein strategisches Konzept hat, mit dem sie als Gesamtpartei die Idee der „ethnisch-kulturellen“ Volkszugehörigkeit umsetzen und die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes aushöhlen will, und dass eine entsprechende zielorientierte qualifizierte Vorbereitungshandlung vorliegt. Aus der Vielzahl der der Partei zuzurechnenden Äußerungen und Aktivitäten der Parteimitglieder und -anhänger muss sich ein strategisches Konzept destillieren lassen, das die AfD planvoll und fortwährend umsetzen will. Ob diese verfassungsrechtlich fundierten Anforderungen mittlerweile gegeben sind, ist bislang nicht hinreichend geklärt. Insoweit ist das jüngste Gutachten des Bundesamtes für Verfassungsschutz daraufhin zu untersuchen, ob etwaige Anhaltspunkte für ein verfassungsfeindliches strategisches Konzept der AfD bestehen. Solange diese Prüfung nicht vorgenommen worden ist und entsprechende gerichtsfeste Nachweise nicht vorliegen, sind die Erfolgsaussichten eines Parteiverbotsverfahrens gegen die AfD ungewiss.

Keine Konsequenzen für das Antragsermessen

Nach § 43 Abs. 1 S. 1 BVerfGG kann der Antrag zur Durchführung eines Parteiverbotsverfahrens vom Bundestag, vom Bundesrat oder von der Bundesregierung gestellt werden. Es steht demnach im Ermessen der antragsberechtigten Verfassungsorgane, ob sie ein solches Verfahren einleiten. Die Verfassungsorgane sollen eigenverantwortlich prüfen und entscheiden, „ob sie den Antrag stellen wollen [...] oder ob die Auseinandersetzung mit einer von ihnen für verfassungswidrig gehaltenen Partei im politischen Felde geführt werden soll“ (BVerfG, [Beschl. v. 29.10.1975, 2 BvE 1/75](#), Rn. 17). Die Einstufung einer Partei durch das Bundesamt für Verfassungsschutz als einer „gesichert rechtsextremistischen Bestrebung“ führt nicht zu einer Beschränkung des den Antragstellern eingeräumten Ermessens. Die behördliche Einordnung hat insbesondere keine Bindungswirkung für die Verfassungsorgane. Diese haben eigenständig zu prüfen, ob

die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 GG vorliegen, die sich, wie gesehen, von den Vorgaben des Bundesverfassungsschutzgesetzes für die Einstufung einer Partei als einer extremistischen Bestrebung in einigen Punkten unterscheiden. Die jüngste Einstufung der AfD durch das Bundesamt für Verfassungsschutz setzt die antragsberechtigten Verfassungsorgane daher nicht unter Zugzwang.

Theo Rust

Was eine europäische Demokratie aushalten muss



Zu den divergierenden Parteiverbotsmaßstäben von BVerfG und EGMR

doi: 10.59704/8d7082c296a84bbc

Am 2. Mai dieses Jahres gab das Bundesamt für Verfassungsschutz per [Pressemitteilung](#) bekannt, dass es die AfD nun auch bundesweit als gesichert rechtsextremistische Bestrebung ansieht. Infolge dieser Einstufung wurden die Rufe für ein Parteiverbotsverfahren vor dem BVerfG im politischen Raum wieder [lauter](#), nachdem ein solches im vergangenen Bundestag [aufgegeben worden war](#). Während es bei den Diskussionen um das Parteiverbotsverfahren vor allem um die Erfolgsaussichten nach Art. 21 Abs. 2 GG und um die politische Dimension des Verbots geht, bleibt die völkerrechtliche Ebene – auch in der jüngeren juristischen Literatur – erstaunlich unbeachtet.

Das verwundert, da im Falle eines AfD-Verbots mit einem Beschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK zu rechnen ist – nicht zuletzt, weil die Partei erfahrungsgemäß sämtliche Rechtsmittel ausschöpft, wie das nun angestregte Eilverfahren belegt. In einem solchen Verfahren müsste der EGMR das Parteiverbot vor dem Hintergrund der EMRK überprüfen. Ein Vorgang, der im Anschluss an ein deutsches Parteiverbotsverfahren so bisher noch nicht stattfand. Sollte das Prüfungsprogramm des EGMR hier strengere Anforderungen, gerade hinsichtlich der akuten Bedrohungslage durch die Partei, als das BVerfG stellen, würde die Aufhebung eines AfD-Verbots drohen. Eine Eventualität, die bereits bei der jetzt diskutierten Einleitung eines deutschen Verbotsverfahrens mitgedacht werden sollte.

Entwicklung der BVerfG-Rechtsprechung zu Parteiverboten

Was muss eine deutsche Demokratie aushalten können? In den ersten Parteiverbotsverfahren der deutschen Nachkriegszeit zur damaligen KPD und SRP vertrat das BVerfG noch die Auffassung, dass der Art. 21 Abs. 2 GG a.F. einen uneingeschränkt präventiven Charakter habe.¹ So formulierte das Gericht, dass der Artikel nicht zwischen erheblichen Nah- und Fernzielen unterscheide. Vielmehr sei allein entscheidend, ob eine Partei nach ihren Zielen *hic et nunc* beabsichtige, die freiheitlich demokratische Grundordnung (fdGO) zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Damit war es mangels Schutzwürdigkeit der Partei unerheblich, ob überhaupt die Möglichkeit besteht, die verfassungsfeindlichen Ziele in absehbarer Zeit verwirklichen zu können.

Nachdem im ersten NPD-Verbotsverfahren die vier abweichenden Richter bereits einen Konflikt der bisherigen Rechtsprechung mit den Verhältnismäßigkeitserwägungen der EMRK ansprachen, gab das BVerfG diese Rechtsprechung im zweiten NPD-Verbotsverfahren 2017 ausdrücklich auf und führte das Rechtsinstitut der „Potentialität“ ein. Ein „Darauf Ausgehen“ i.S.d. Art. 21 Abs. 2 GG liege erst dann vor, wenn „konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann (Potentialität)“ (BVerfG, 2 BvB 1/13 Rn. 586).

¹ BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, Rn. 271

Striktere Maßstäbe der EMRK

Was muss eine europäische Demokratie aushalten können? Im Rahmen einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK untersucht der EGMR vor allem, ob ein Parteiverbot gerechtfertigt ist und damit einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 EMRK rechtfertigt.² Entscheidend ist dabei, ob das Parteiverbot einem drängenden gesellschaftlichen Bedürfnis (*pressing social need*) entspricht und angemessen (*proportionate*) ist.

Entscheidend bei der Frage nach dem *pressing social need* ist der richtige Zeitpunkt für das Parteiverbot. Dieser Frage liegt die Grundaporie des Parteiverbotsverfahrens zugrunde, wonach ein Parteiverbot häufig erst in dem Zeitpunkt in Betracht kommt, wenn die Partei eine relevante Größe erreicht hat. Zu diesem Zeitpunkt drohen jedoch erhebliche gesellschaftliche Unruhen. Ein Problem, das sich zugespitzt auf die Formel: „Kleine und unbedeutende Parteien muss und soll man nicht verbieten, große und bedeutende Parteien kann man nicht verbieten“ (Volkman, DÖV 2007, 582) bringen lässt. Das BVerfG begegnete diesem Problem, wie oben dargestellt, zunächst mit einer möglichst präventiven Verbotsmöglichkeit und verschob den Zeitpunkt anschließend durch das Erfordernis der Potentialität zeitlich nach hinten.

Der EGMR wiederum verhält sich seit jeher restriktiver und fordert in ständiger Rechtsprechung, dass ein Verbot erst zulässig ist, wenn durch die Partei eine Gefahr für die Demokratie besteht, die hinreichend nachgewiesen und vor allem unmittelbar ist (*sufficiently imminent*).³ Der Gerichtshof betont, dass dies gleichzeitig auch die Grenze für das präventive Handeln eines Staates gegen eine Partei darstellt. Übertragen auf das deutsche (polizeirechtliche)

Verständnis von Gefahr entspricht diese Formulierung eher dem Erfordernis einer „konkreten“ Gefahr.⁴

Der EGMR betont jedoch andererseits, dass es für die Staaten möglich sein muss und auch unter die positiven Pflichten aus Art. 1 EMRK fallen soll, präventiv gegen Parteien vorzugehen. Dies kann aber nicht automatisch ein Parteiverbot bedeuten. Vielmehr sind laut dem Gericht Maßnahmen zu ergreifen, die auf ein angemessenes Verhindern (*reasonably forestall*) demokratiefeindlicher Policen abzielen.⁵ Ein solches „angemessenes Verhindern“ setzt zwingend die vorherige Vornahme von weniger einschneidenden Maßnahmen voraus und erfordert weiterhin, dass bereits eine unmittelbare Gefahr der Umsetzung demokratiefeindlicher Maßnahmen besteht. Das spricht ebenfalls gegen das zeitlich vorgelagerte Verständnis im Sinne der Potentialität.

Dem widerspricht das BVerfG mit der Argumentation, dass sich der EGMR in seinen Entscheidungen zum präventiven Charakter des Parteiverbots bekenne, und es daher gar keiner konkreten Gefahr bedarf.⁶ So führt das BVerfG gegen das völkerrechtliche Erfordernis einer konkreten Gefahr aus, dass der EGMR in den Fällen *Batasuna v. Spain* und *EAE-ANV v. Spain* die bloße verbale Billigung terroristischer Akte für ein Parteiverbot als ausreichend angesehen hat und keine unmittelbar bevorstehende Gefahr drohender (Regierungs-)Maßnahmen für erforderlich gehalten hat.

Nicht nur Ziele, sondern Mittel

Jedoch muss bei der Beurteilung der Gefahr zwischen den Zielen, welche die Partei verfolgt, und den Mitteln, welche die Partei einsetzt, um ihre Ziele zu erreichen, differenziert werden. Eine Partei, die zwar verfassungswidrige Ziele verfolgt, aber aufgrund ihrer geringen Größe keine Möglichkeit zur Umsetzung hat, stellt keine relevante Bedrohung für die Gesellschaft dar.

² Vgl. zur Reziprozität von EMRK und GG: Gutmann, Andreas; Kohlmeier, Nils: *Transnational-wehrhafte Demokratie: Zu den Voraussetzungen eines Parteiverbotsverfahrens im Mehrebenensystem*, *VerfBlog*, 2024/12/05.

³ EGMR, Urt. v. 13. 2. 2003 – 41340/98 – *Refah Partisi* ua. / Türkei, Rn. 102; EGMR, Urt. v. 30.6.2009, Nr. 25803/04, *Herri Batasuna* und *Batasuna* / Spanien Rn. 81.

⁴ Vgl. Shirvani, JZ 2014, 1077 m.w.N.

⁵ EGMR, Urt. v. 13. 2. 2003 – 41340/98 – *Refah Partisi* ua. / Türkei, Rn. 102. In diesem Fall drohte insbesondere die Einführung eines pluralistischen Rechtssystems, dass zwischen Religionszugehörigkeit unterschieden hätte.

⁶ BVerfG, Urteil vom 13.06.2017 – 1 BvR 2832/15, Rn. 620

Hingegen ist eine Partei, die diese Ziele mit gemeingefährlichen Mitteln wie Terrorangriffen durchzusetzen versucht, eine erhebliche gesellschaftliche Belastung.⁷ Diese Unterscheidung macht deutlich, weshalb der EGMR im Falle von *Batasuna* geringere Anforderungen an die Notwendigkeit des Verbots anlegt. Diese Unterscheidung wird jedoch verkannt, wenn aus der Entscheidung Konsequenzen für Parteien abgeleitet werden, die sich demokratischer Mittel bedienen.

Gegen die Möglichkeit eines derart präventiven Verbots spricht außerdem, dass Parteien eine zwingende Voraussetzung für die Garantien für freie Wahlen sind und somit nur im äußersten Ausnahmefall verboten werden können. Auch die Venedig-Kommission schreibt in ihren *Leitlinien* zum Verbot und zur Auflösung von Parteien, dass ein Parteiverbot nur mit größter Zurückhaltung angewendet werden darf.

Das Erfordernis einer konkreten Gefahr ergibt sich ferner aus einem Vergleich zum Verbot von nicht-politischen Vereinigungen. So hat der EGMR im Verbotsverfahren zur rechtsextremen sog. Ungarischen Garde in *Vona v. Hungary*, sowie *Refah Partisi v. Turkey*, ausgeführt, dass die Vertragsstaaten zwar nicht warten müssen, bis eine Vereinigung Maßnahmen ergreift, um die Demokratie zu untergraben, aber bereits eine hinreichend unmittelbare Beeinträchtigung der Rechte anderer drohen muss.⁸ Auch hier klingt wieder an, dass ein präventives Verbot einer Vereinigung nicht zulässig ist, sondern die reale Bedrohungslage dieses repressive Mittel rechtfertigen muss. Parteien übernehmen eine zentrale Funktion in einer Demokratie, wodurch diese gegenüber Vereinigungen im Allgemeinen nochmals weitergehend schutzwürdig sind. Wenn der EGMR also bereits eine hinreichend unmittelbare Beeinträchtigung bei einer Vereinigung fordert, so darf dieser Maßstab erst recht nicht bei politischen Parteien aufgeweicht werden. Es lässt sich damit festhalten, dass – entgegen der Auffassung des BVerfG selbst – ein klarer Widerspruch zwischen der „Potentialität“ des BVerfG und der „konkreten Gefahr“ des EGMR besteht.

Verhältnismäßigkeit nicht notwendig?

Auch hat das BVerfG im zweiten NPD-Verbotsverfahren unter Verweis auf den fehlenden Beurteilungsspielraum des Gerichts im Rahmen von Art. 21 GG die eigentlich im deutschen Verfassungsrecht typische Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich abgelehnt. Davon abzusehen, steht allerdings im Widerspruch zum europäischen Erfordernis (*proportionate to the aims pursued*).

Das BVerfG argumentiert in diesem Kontext, dass der EGMR in der Regel eine Angemessenheit als gegeben ansieht, wenn ein *pressing social need* angenommen wurde. Da dieses Erfordernis dem Prüfungsprogramm der Potentialität entspreche, sei das Fehlen der Verhältnismäßigkeit im Prüfprogramm hier unproblematisch.

Es stimmt zwar, dass eine Angemessenheit in der Regel vermutet wird, wenn eine konkrete Gefahr von einer nicht-gemeingefährlichen Partei ausgeht. Die Potentialität entspricht aber, wie dargelegt, gerade nicht den Maßstäben des *pressing social need* im Sinne des EGMR. Demnach steht auch die fehlende Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Widerspruch zu den EMRK-Maßstäben an die Angemessenheit eines Parteiverbots.

Auflösung der Widersprüche durch einen weiten Beurteilungsspielraum

Diese dargestellten Divergenzen lassen sich jedoch gegebenenfalls, wie das BVerfG argumentiert, durch den weiten Beurteilungsspielraum auflösen, den der EGMR den Staaten bei der Beurteilung des richtigen Zeitpunktes zuspricht.⁹

Ein solcher Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) wird den Vertragsstaaten bei der Umsetzung ihrer Befugnisse in ständiger Rechtsprechung des EGMR zugesprochen. Die Grundlage liegt in der Aufgabenteilung zwischen der legislativen Freiheit des jeweiligen Vertragsstaates und der subsidiären Kontrolle durch den EGMR. Im Sinne von *judicial*

⁷ Wolter, EUGRZ 2016, 92 (99); So auch differenzierend: Morlok, JURA 2013, 317 (323).

⁸ EGMR, Urt. v. 9. 7. 2013 – 35943/10 – *Vona* / Ungarn, Rn. 57.

⁹ BVerfG, Urteil vom 13.06.2017 – 1 BvR 2832/15, Rn. 613.

restraint und der menschenrechtlichen Kontrollfunktion darf der EGMR grds. nur individuelle Umsetzungen seiner Vorgaben kontrollieren. Der EGMR nutzt diesen Beurteilungsspielraum, um seine Kontrolldichte in Abhängigkeit von dem betroffenen Grundrecht zu variieren, und spricht dabei den Vertragsstaaten einen geringeren Beurteilungsspielraum zu, je schwerwiegender das betroffene Recht ist. In Bezug auf Parteiverbote müsste das aufgrund der besonderen Wichtigkeit der Parteien für die Grundsätze der EMRK und die Demokratie als solche heißen, dass nur ein sehr begrenzter Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten besteht, was das Abweichungspotenzial des BVerfG empfindlich begrenzen würde.

In der Vergangenheit legte der EGMR den Beurteilungsspielraum aber nicht nur nach der Schwere des betroffenen Grundrechts, sondern auch nach dem sonstigen Rechtsrahmen in den jeweiligen Mitgliedstaaten unterschiedlich weit aus. So sprach der EGMR der Türkei bei der Ausgestaltung des Streikrechts von Beamt*innen in *Demir and Baykara* einen nur geringen Beurteilungsspielraum zu und beurteilte es als unzulässig.¹⁰ Im Falle des deutschen Streikverbots für Lehrer*innen hat der EGMR hingegen angenommen, dass dieses vom weiten Beurteilungsspielraum der Bundesrepublik gedeckt sei, da die sonstigen besonderen Rechte der Beamt*innen eine angemessene Repräsentation ihrer *occupational interests* ermöglichen.¹¹

Diese Divergenz könnte auch im Falle eines Parteiverbots der AfD dazu führen, dass der EGMR der Bundesrepublik einen höheren Beurteilungsspielraum bei der Beurteilung des richtigen Zeitpunktes für ein Verbot zuspricht als der Türkei in den bisherigen Parteiverbotsverfahren.

Ausblick auf ein potenzielles AfD-Parteiverbot

Die Voraussetzungen, die das BVerfG für ein Parteiverbot aufstellt, sind insbesondere mit Blick auf den Zeitpunkt des Verbots nicht mit den deutlich strengeren Voraussetzungen des EGMR vereinbar. Dieser Unterschied birgt das Risiko, dass ein etwaiges AfD-Verbot

durch das BVerfG vom EGMR wieder aufgehoben werden würde. Aufgrund dieses Risikos sollte auch das höchstrichterliche Prüfprogramm des Art. 21 Abs. 2 GG um das Erfordernis einer konkreten bzw. unmittelbaren Gefahr oder zumindest einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt werden. Alternativ müsste der Maßstab der Potentialität an das *pressing social need* des EGMR angepasst werden. Sollte das Prüfprogramm unverändert bleiben, bleibt nur die höchst volatile Rückfall auf die Hoffnung, dass der EGMR der Bundesrepublik diesmal einen größeren Beurteilungsspielraum zuspricht als in den bisherigen Parteiverbotsverfahren.

Für die Initiatoren eines AfD-Verbots bedeutet das Vorangegangene, dass nicht allein auf die Möglichkeit der Umsetzung demokratiegefährdender Maßnahmen abgestellt werden sollte. Es sollte darüber hinaus dargestellt werden, dass von der AfD eine Gefahr für die Demokratie ausgeht, die hinreichend nachgewiesen und bereits jetzt konkret bzw. unmittelbar ist.

Das *silver lining* ist hier, dass die aktuell steigenden Umfragewerte der AfD dies immer wahrscheinlicher machen, und der EGMR Umfragewerte bei dieser Frage durchaus berücksichtigt. So war das Kriterium laut EGMR beispielsweise im Fall der *Refah Partisi* erfüllt, als diese 1995 (3 Jahre vor ihrem Verbot) bei den türkischen Parlamentswahlen 22% und bei den darauffolgenden Kommunalwahlen 35% der Stimmen erhielt. Laut Umfragen von 1997 hätte die *Refah Partisi* bei Parlamentswahlen in jenem Jahr 38% der Stimmen erhalten, bei den Parlamentswahlen vier Jahre später prognostizierte man 67%. Diese Werte sah der EGMR als Indiz für den erheblichen Einfluss der Partei, und die realistische Möglichkeit, an die Macht zu kommen und in diesem Zuge ihre verfassungsfeindlichen Ziele umzusetzen. Wie der EGMR dies bei der AfD basierend auf heutigen Umfragewerten sehen würde, ist noch unklar. Auch wenn eine absolute Mehrheit – und damit eine auf der Hand liegende Unmittelbarkeit – noch fernliegt, so rückt die Gefahr doch im selben Maße näher, wie der aktuelle Aufwärtstrend auf Landes- und Bundesebene anhält. Und klar ist beim Ringen um den

¹⁰ EGMR Ur. v. 12.11.2008 – 34503/97 – Demir u. Baykara / Türkei, Rn. 144.

¹¹ EGMR Ur. v. 14.12.2023 – 59433/18 – Humpert ua. / Deutschland, Rn. 128ff.

richtigen Maßstab des Verbotsverfahrens immer noch, dass dieses Mittel der wehrhaften Demokratie jedenfalls dann gänzlich unbrauchbar wäre, wenn man tatsächlich warten müsste, bis die Verfassungsfeinde an der (absoluten) Macht sind. *Das* wird eine Demokratie jedenfalls nicht aushalten können.

Vincent Ecke

Rechtsextremismus im Partybeat

„Ausländer raus!“ und der Straftatbestand der Volksverhetzung

doi: 10.59704/db925b9c27261ecf



Im vergangenen Jahr [skandierten Gäste der Pony-Bar auf Sylt lautstark „Deutschland den Deutschen, Ausländer raus!“](#). Ähnliche Szenen spielten sich in [Baden-Württemberg](#) und [Berlin](#) ab. In allen Fällen ermittelten die Strafverfolgungsbehörden wegen des Verdachts der Volksverhetzung, § 130 Abs. 1 StGB. Kürzlich [gab die Staatsanwaltschaft Flensburg bekannt](#), das Sylter Verfahren mangels Tatverdachts eingestellt zu haben – ohne eine eingehende Prüfung des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dabei bietet gerade diese Vorschrift eine tragfähige Grundlage, um kollektive Verunglimpfung auch jenseits direkter Gewaltaufrufe innerhalb der durch Art. 5 GG gezogenen Grenzen der Meinungsfreiheit zu erfassen. Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung hat vergleichbare Konstellationen bereits grundrechtskonform eingeordnet. In der Praxis der Ermittlungsbehörden spiegelt sich diese Linie bislang jedoch nur unzureichend wider.

Im Sylt-Verfahren offenbaren sich staatsanwaltschaftliche Versäumnisse

Die Flensburger Staatsanwaltschaft argumentierte, weder der Inhalt der Parole „Ausländer raus!“ noch die Gesamtumstände des Vorfalls ließen zweifelsfrei erkennen, dass „aggressive Missachtung und Feindschaft in der Bevölkerung“ gegen Ausländer erzeugt oder gesteigert werden sollten. Dies sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber gerade Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB. Welche Tatbestandsvariante sie dabei zugrunde gelegt hat, bleibt offen. Auch auf die herangezogenen Entscheidungen geht die Stellungnahme nicht näher ein.

Ein Blick in die Rechtsprechung zu § 130 Abs. 1 StGB lässt darauf schließen, dass auf das Merkmal des

„Aufstachelns zum Hass“ in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB abgestellt worden sein muss, dessen Auslegung jedoch nicht einheitlich erfolgt. So vertraten in der Vergangenheit das Oberlandesgericht Brandenburg sowie das Kammergericht zwar dieses – mit Abstand engste – Verständnis (OLG Brandenburg NJW 2002, 1440, 1441; KG Berlin, Urt. v. 26. November 1997 – 1 Ss 145/94). Der Bundesgerichtshof hingegen lässt bereits das Hervorrufen einer „feindseligen Haltung“ genügen (BGH, Urt. v. 3. April 2008 – 3 StR 394/07).

Vor allem aber fällt auf, dass sich die Staatsanwaltschaft ausschließlich mit § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB befasst und die Variante des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB völlig außer Acht lässt, obwohl diese bei der gesungenen Parole nahegelegen hätte. Dass die Staatsanwaltschaft Flensburg sich der Darlegung einer entsprechenden Prüfung vollständig entzieht, untergräbt die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung.

Die richtige Tatbestandsvariante ist § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Einzelne Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind durch das lautstarke Singen der Parole „Deutschland den Deutschen, Ausländer raus!“ ohne Weiteres erfüllt. Es handelt sich dabei um ein „böswilliges Verächtlichmachen“ eines Bevölkerungsteils, das „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“.

Der Bundesgerichtshof sieht ein Verächtlichmachen dann als gegeben an, wenn Menschen als unwert oder unwürdig dargestellt werden (BGH, Urt. v. 3. April 2008 – 3 StR 394/07 Rn. 17). Genau das leistet die Parole: Sie erklärt Ausländer für unwürdig, in Deutschland zu leben.

Auch die „Eignung zur Friedensstörung“ liegt vor. Erforderlich ist, dass die Tat in einer Weise begangen

wird, die abstrakt geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Dafür genügt bereits die Möglichkeit, dass die Äußerung das psychische Klima aufheizt, was bei öffentlichen Äußerungen der vorliegenden Art regelmäßig angenommen werden kann (BGH, Urt. v. 15. Dezember 2005 – 4 StR 283/05). Dass die Parole auf Sylt öffentlich gesungen wurde, bestätigt die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Flensburg.

Fraglich ist bloß, ob dadurch auch die Menschenwürde anderer im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB angegriffen wurde. Ein solcher Angriff liegt grundsätzlich vor, wenn das Recht des Angegriffenen, als gleichwertige Persönlichkeit in der Gemeinschaft zu leben, bestritten wird. Bereits 1995 hat das Oberlandesgericht Hamm dargelegt, dass die gemeinschaftlich und wiederholt gesungene Parole „Ausländer raus!“ diese Voraussetzung erfüllen kann:

„Denn dieser Aufruf richtet sich an alle Ausländer in der Weise, daß sie ohne Ausnahme das Land verlassen sollen. (...) Dabei werden die Ausländer als jedenfalls insoweit unterwertige Wesen dargestellt, daß sie den Schutz des Art. 3 GG nicht verdient hätten und schon allein aufgrund ihrer Nationalität anders zu behandeln seien.“ (OLG Hamm NStZ 1995, 136, 137).

Das Hinzutreten von Begleitumständen als weitere Voraussetzung

Nach der übrigen Rechtsprechung setzt ein Angriff auf die Menschenwürde im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB voraus, dass die Äußerung in einem bestimmten Kontext erfolgt, d.h. es müssen sog. „Begleitumstände“ hinzutreten (vgl. BVerfG NJW 2010, 2193, 2195 Rn. 28). Diese Anforderung ist grundsätzlich begrüßenswert, weil sie verhindert, dass der offen formulierte Volksverhetzungstatbestand zur Kriminalisierung soziodäquaten oder bloß provozierenden Verhaltens führt.

Einige Staatsanwaltschaften haben bei der Begründung ihrer Verfahrenseinstellungen explizit auf das Fehlen solcher Begleitumstände hingewiesen. In Berlin wurde argumentiert, es seien **weder verbotene noch anderweitige Symbole und Gesten, die dem rechtsextremen Spektrum zuzuordnen sind, verwendet**

worden. Die Staatsanwaltschaft Tübingen stützte ihre Entscheidung vor allem darauf, dass **über keinen der Beteiligten polizeiliche Erkenntnisse zu ausländerfeindlichen Vorfällen oder eine Nähe zur rechten Szene vorlagen**; außerdem seien die Äußerungen nicht von einem politischen Aufmarsch begleitet gewesen.

Anders lagen die Fälle, über die die Oberlandesgerichte zu entscheiden hatten: Dort waren entsprechende Begleitumstände jeweils gegeben. Dass die Vorinstanzen den Straftatbestand dennoch verneint hatten, wurde zu Recht korrigiert. Denn das Vorliegen solcher Umstände spricht regelmäßig für die Strafwürdigkeit der Äußerung. Das Oberlandesgericht Hamm konnte deshalb sogar offenlassen, ob die Parole bereits für sich genommen einen Angriff auf die Menschenwürde bedeutet. Umgekehrt folgt daraus aber nicht, dass das Fehlen solcher Begleitumstände automatisch Straflosigkeit zur Folge hat.

Diese Annahme greift zu kurz. Sie verschiebt den Prüfungsmaßstab weg vom Inhalt der Äußerung hin zur äußeren Erscheinung und sozialen Einbindung des Täters. Strafbar wäre demnach nur, wer durch Auftreten, Kleidung oder Szenezugehörigkeit als Rechtsextremer erkennbar ist. Mit anderen Worten: Als wäre die Volksverhetzung ein Delikt mit Dresscode – und ausschließlich für die rechtsextreme Szene von Bedeutung. Doch § 130 StGB schützt nicht vor bestimmten Personen, sondern vor bestimmten Aussagen. Rechtsextremistische Einstellungen zeigen sich nicht zwingend in Äußerlichkeiten. Das belegen nicht zuletzt auch aktuelle Umfragen: **Ein Viertel der wahlberechtigten Bevölkerung würde derzeit eine Partei wählen, die nach Einschätzung des Bundesamtes für Verfassungsschutz als gesichert rechtsextremistisch gilt, ohne dass diese Menschen auch nur mehrheitlich dem stereotypen Bild eines Rechtsextremen entsprechen oder regelmäßig nach außen hin rechtsextrem auftreten.**

Eine solche verkürzte Betrachtung nähert sich gefährlich dem Konzept eines Täterstrafrechts an und unterläuft zugleich die spezialpräventive Funktion des Strafrechts. Dieses darf nicht nur dort ansetzen, wo demokratische Grundüberzeugungen bereits vollständig aufgegeben wurden. Es muss auch intervenieren,

wo sich autoritäres und ausgrenzendes Denken erst zu verfestigen beginnt.

Das gemeinschaftliche Singen und die politische Gesamtsituation sind maßgebliche Umstände

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigte in ihren Fällen weitere Begleitumstände (OLG Hamm aaO; OLG Brandenburg aaO), die auch im Sylt-Verfahren vorlagen. Sie hätten in die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens mit Blick auf § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB einfließen müssen.

Zum einen wurde die Parole „Ausländer raus!“ gemeinschaftlich gerufen. Dass es sich dabei um private Feierlichkeiten und nicht um einen politischen Aufmarsch handelte, ändert daran nichts. Im Gegenteil: Gerade der Umstand, dass eine eindeutig rassistische Botschaft in einem – jedenfalls auditiv – öffentlich zugänglichen Raum mit einem bekannten Party-Hit gefeiert und normalisiert wurde, zeigt eine besondere Gefährlichkeit der Äußerung. Diese Übertragung in alltägliche Kontexte erklärt auch die schnelle Verbreitung durch Nachahmer. Das Oberlandesgericht Hamm hat das gemeinschaftliche und wiederholte Singen als eigenständiges Moment gewertet, das geeignet ist, die Menschenwürde in strafbarer Weise anzugreifen.

Zum anderen ist die politische Gesamtsituation zur Tatzeit entscheidend für die Einordnung der Äußerung. Volksverhetzende Parolen gewinnen an Brisanz, je stärker [rechtsextreme Positionen gesellschaftlich Fuß fassen](#). Auch die Oberlandesgerichte haben diesen Zusammenhang gesehen. Sowohl das Oberlandesgericht Brandenburg, auf dessen Entscheidung sich die Staatsanwaltschaft Flensburg bezieht, als auch das Oberlandesgericht Hamm stellten bei der Auslegung von § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf die Welle rassistischer Gewalt in den 1990er Jahren ab.

Die Äußerungen auf Sylt fielen ebenfalls in eine Phase zunehmender politischer Radikalisierung. Rechtsextremistische Kräfte verzeichnen seit Jahren wachsenden Zulauf. Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang der Anstieg [politisch motivierter Straftaten gegen Ausländer, insbesondere gegen Geflüchtete](#), in den vergangenen

Jahren. In Schleswig-Holstein, dem Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft Flensburg, ist die Zahl rassistisch motivierter Gewalttaten im Jahr [2024 um 20 % gegenüber dem Vorjahr gestiegen und hat sich seit 2020 mehr als verdoppelt](#). Die [Zahlen für die gesamte Bundesrepublik](#) zeigen eine ähnliche Tendenz.

Kein Raum für weitergehende Einschränkungen durch die Meinungsfreiheit

Die Meinungsfreiheit steht der hier vorgenommenen strafrechtlichen Bewertung nicht entgegen. Zwar schützt Art. 5 Abs. 1 GG grundsätzlich auch rechtsextremistische Meinungen. Doch dieser verfassungsrechtliche Schutz bedeutet vor allem, dass Strafgerichte bei der Auslegung des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht nur den Wortlaut, sondern auch den Kontext und die begleitenden Umstände der Äußerung in den Blick nehmen müssen (BVerfG NJW 2008, 2907, 2908). Damit verweist das Bundesverfassungsgericht letztlich auf dieselben Maßstäbe, wie sie auch von den Fachgerichten verlangt werden.

Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich klargestellt, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit dort endet, wo eine Meinungsäußerung die Menschenwürde eines anderen verletzt (BVerfG NJW 2010, 2193, 2194 Rn. 26). Im Anwendungsbereich des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB bleibt daher kein Raum für die Berufung auf Art. 5 GG, sobald diese Schwelle überschritten ist (BVerfG, Beschl. v. 25. März 2008 – 1 BvR 1753/03 Rn. 38). Maßgeblich ist eine nachvollziehbare Begründung, aus der sich der Eingriff in den unantastbaren Kernbereich der Menschenwürde ergibt. (BVerfG NJW 2010, 2193, 2195 Rn. 27). Die Fachgerichte haben diese Schwelle durch das Erfordernis begleitender Umstände präzisiert. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dieser Linie ausdrücklich angeschlossen (aaO Rn. 28).

Im Fall der Parole „Ausländer raus!“ lässt der eindeutige Wortlaut keinen Raum für verfassungskonforme Relativierungen. Die Aussage spricht allen Ausländern pauschal das Recht ab, gleichberechtigter Teil der Gesellschaft in Deutschland zu sein, während sie „den Deutschen“ das Lebensrecht im Inland selbstverständlich zuschreibt.

Staatliches Schweigen sendet ein gefährliches Signal

Kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Schluss, dass § 130 Abs. 1 StGB auf offen rassistische Parolen nicht anwendbar ist, schuldet sie der Öffentlichkeit eine Erklärung. Besonders in Grenzfällen muss diese nachvollziehbar sein. In Zeiten, in denen rechtsextreme Positionen Anschlussfähigkeit gewinnen, Hassparolen zur Normalität werden und politische Stimmungsmache gezielt auf Ausgrenzung setzt, wiegt staatliches Schweigen schwer. Dass die Staatsanwaltschaft Flensburg die mögliche Tatbestandsverwirklichung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB in ihrer Stellungnahme gänzlich unbeachtet lässt, ist vor dem Hintergrund nicht nur ein Redaktionsversäumnis. Es schwächt das Vertrauen in die Konsequenz rechtsstaatlicher Strafverfolgung.

Anuscheh Farahat, Lisa Steurer

Grenzgänger

Sind die neuen deutschen Grenzkontrollen zulässig?

doi: 10.59704/47bde42f1fc25036



Kaum im Amt, hat der neue deutsche Innenminister die Pläne zu einer strikteren Kontrolle an den deutschen Staatsgrenzen **umgesetzt**. Die Pläne der Bundesregierung und die aktuelle Praxis der Bundespolizei werfen Fragen mit Blick auf die Vereinbarkeit mit der Dublin-III-Verordnung und mit dem Schengener Grenzkodex auf. Die von der Bundesregierung zur Rechtfertigung herangezogene Vorschrift des Art. 72 AEUV vermag die getroffenen Maßnahmen nicht zu rechtfertigen. Unilaterale Abweichungen würden das in Art. 3 Abs. 2 EUV formulierte Ziel der Realisierung eines unionsweiten Mobilitätsraums gefährden. Der Unionsgesetzgeber hat sich daher in den jüngsten Reformen des Schengen-Systems und des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) entschieden, kooperative und solidarische Lösungen von den Mitgliedstaaten zu verlangen. Wo das Sekundärrecht Ausnahmen vorsieht, verlangen sie einen erhöhten Begründungsbedarf und sehen intensiverte Abstimmungsmechanismen vor, die den Raum nationaler Alleingänge noch weiter einschränken.

Neue alte Grenzkontrollen

Doch was hat sich überhaupt verändert? Innenminister Dobrindt verlängerte zunächst die Grenzkontrollen an den deutschen Grenzen des Schengenraums um sechs Monate. Diese Grenzkontrollen waren bereits von seiner Vorgängerin Nancy Faeser eingeführt und mehrfach verlängert worden. Dass die deutschen Landgrenzen zu allen Nachbarstaaten regelmäßig kontrolliert werden, ist somit schlicht eine Fortsetzung der Politik der Ampel-Regierung.

Zugleich wies Dobrindt die Bundespolizei an, § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zur Anwendung zu bringen, wonach Schutzsuchenden, die aus einem sicheren Drittstaat

einreisen, die Einreise verweigert werden kann. Laut Dobrindt wurde damit eine (angebliche) „mündliche Weisung“ von Angela Merkels Innenminister de Maizière aus dem Jahr 2015 zurückgenommen, die die Anwendung dieser Vorschrift untersagt habe. „Erkennbar vulnerable Gruppen“ sollen allerdings weiterhin an die zuständigen Stellen oder Erstaufnahmeeinrichtungen weitergeleitet werden (der Text der Weisung ist in diesem [Blogpost](#) zu finden).

Rechtswidrige Grenzkontrollen

Die Grenzkontrollen an den Schengen-Binnengrenzen waren bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, zuletzt unter anderem vor dem BayVGH (dazu [hier](#)). Deren Hintergrund ist die zentrale Bedeutung, die die Abschaffung von Binnengrenzkontrollen für die Realisierung eines unionsweiten Mobilitätsraums hat. Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 77 Abs. 1 AEUV geben der Union die Schaffung eines solchen kontrollfreien Mobilitätsraums als einer ihrer wichtigsten Aufgaben auf. Der Unionsgesetzgeber hat diesen Raum durch den [Schengener Grenzkodex \(SGK\)](#) legislativ ausgestaltet. Art. 25, 25a und 29 SGK erlauben unter eng umrissenen Voraussetzungen als *ultima ratio* die Wiedereinführung von Grenzkontrollen, die zudem zeitlich strikt begrenzt sind. Die Höchstdauer von Kontrollen, die ein Mitgliedstaat wegen einer anhaltenden Bedrohungslage einführen darf, beträgt 24 Monate. Weitergehende Kontrollen an den Binnengrenzen sind nach Art. 25a Abs. 6 SGK in besonderen Fällen für insgesamt maximal ein weiteres Jahr und nur in enger Abstimmung mit der Kommission zulässig.

Dieser Mechanismus galt in seinen Grundzügen auch vor der Neufassung des SGK. Die Neufassung

intensiviert die Abstimmungsmechanismen mit der Kommission und anderen Mitgliedstaaten. Darüber hinaus legt der neue SGK den Mitgliedstaaten, die Grenzkontrollen einführen wollen, weitere Rechtfertigungspflichten auf und verlangt, dass alternativen und weniger einschneidenden kooperativen Maßnahmen der Vorzug zu geben ist. Im Gegenzug wird die zeitliche Obergrenze für Grenzkontrollen, die wegen „derselben anhaltenden Bedrohung“ eingeführt werden, ausgeweitet: Nach Durchführung aufwändiger Konsultations- und Prüfverfahren sieht der SGK die Durchführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen für insgesamt maximal 36 Monate vor (Art. 25a Abs. 6 SGK). Daneben gilt für den Fall „anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Außengrenzen“, aufgrund derer „das Funktionieren des Raums ohne Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist“, wie bisher die Möglichkeit, dass der Rat auf Vorschlag der Kommission Grenzkontrollen „als letztes Mittel [...] zum Schutz der gemeinsamen Interessen“ empfiehlt (Art. 29 Abs. 2 SGK).

Im Zusammenhang mit der deutschen Regierungspraxis kommt als Rechtfertigungsgrund einer Verlängerung der Grenzkontrollen lediglich Art. 25 Abs. 1 lit. c SGK in Frage: eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit durch eine „außergewöhnliche Situation, in der plötzlich eine sehr hohe Zahl unerlaubter Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedstaaten stattfindet“. Deutschland müsste begründen, dass hierdurch „die Ressourcen und Kapazitäten der gut vorbereiteten zuständigen Behörden insgesamt erheblich unter Druck geraten und das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt wahrscheinlich gefährdet ist“. Dabei ist zu beachten, dass „diese Situation durch Informationsanalysen und alle verfügbaren Daten, auch von betreffenden Agenturen der Union, belegt wird“. Angesichts der derzeit stark [rückläufigen Zahlen](#) der Grenzübertritte an den EU-Außengrenzen erscheint die Begründung einer solch außergewöhnlichen Zahl kaum erfolgversprechend. Zudem müsste die Bundesregierung darlegen, dass es sich um eine neue Bedrohungslage handelt und nicht etwa um eine bloße Fortset-

zung einer seit Jahren bestehenden Situation (was der [BayVGH](#) zu Recht verneint hat).

Rechtswidrige Zurückweisungen

Dobrindt hat jedoch nicht nur die Grenzkontrollen an den Schengen-Binnengrenzen verlängert, sondern legt mit seiner Weisung auch nahe, dass die Bundespolizei Schutzsuchende, die nicht „erkennbar vulnerabel“ sind, an den Grenzen zu anderen Mitgliedstaaten zurückweisen wird. Zwar sprechen die Weisung und der Wortlaut des § 18 Abs. 2 AsylG nur von „kann“. Erste [Reaktionen](#) aus der Bundespolizei lassen jedoch darauf schließen, dass es in der Praxis zu umfassenden Zurückweisungen kommen wird.

Tatsächlich ist § 18 Abs. 2 AsylG aber bereits lange [unionsrechtlich überlagert](#) und damit unanwendbar. Für Drittstaatsangehörige ohne Aufenthaltsrecht gilt eigentlich die [Rückführungsrichtlinie](#), die eine Rückführung in den Drittstaat (!) auf der Basis einer sorgfältigen Prüfung sowie entsprechenden Rechtsschutz und eine angemessene Ausreisefrist verlangt, formlose Zurückweisungen also ausschließt. Für Deutschland wird diese Regelung allerdings durch die Existenz von Rücknahmeabkommen mit allen Nachbarländern [modifiziert](#), die Art. 6 Abs. 3 der Rückführungsrichtlinie zulässt, sofern sie vor deren Inkrafttreten bestanden. Deutschland darf also Personen an den Binnengrenzen grundsätzlich in die Nachbarstaaten zurückweisen (zu den Voraussetzungen ausführlich [hier](#)).

Dies gilt allerdings nicht, sobald die Betroffenen internationalen Schutz suchen. Für Asylbewerber:innen gelten unabhängig von etwaigen Rücknahmeabkommen die Regelungen der [Dublin-III-Verordnung](#). Sie regelt alle Asylgesuche, die im Unionsgebiet gestellt werden, einschließlich solcher „an der [Außen-]Grenze“ der Union (Art. 3), die in jedem Fall zu prüfen sind und das normale Schengener Grenzregime als *lex specialis* verdrängen. Dies gilt selbstverständlich auch für den Fall, dass an EU-Binnengrenzen vorübergehend Grenzkontrollen stattfinden. Gemäß der Verordnung ist zunächst der für die inhaltliche Prüfung zuständige Mitgliedstaat zu bestimmen und allenfalls ein Übernahmegesuch an ihn zu stellen. Gegen eine in diesem Zusammenhang

ergehende Überstellungsentscheidung können die Asylbewerber:innen ein Rechtsmittel einlegen. § 18 Abs. 2 AsylG, der auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der Dublin-Verordnung zugeschnitten ist, wird von diesen Regelungen überlagert, er ist schlicht totes Recht. Die Pflicht der Mitgliedstaaten, ein Dublin-Verfahren durchzuführen und für diesen Zweck die Einreise zu gestatten, gilt, anders als Dobrindts Weisung nahelegt, für alle Asylbewerber:innen unabhängig von ihrer Vulnerabilität. Eine Zurückweisung von Asylbewerber:innen an EU-Binnengrenzen ist daher ausnahmslos unionsrechtswidrig.

Art. 72 AEUV kann nationale Alleingänge nicht rechtfertigen

Die Bundesregierung steht jedoch auf dem Standpunkt, dass die neu angeordnete Praxis aufgrund von Art. 72 AEUV gerechtfertigt ist. Nach dieser Vorschrift bleibt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der inneren Sicherheit“ von unionsrechtlichen Regelungen u.a. im Bereich Asyl, Einwanderung und Grenzschutz unberührt. Einige mitgliedstaatliche Regierungen interpretieren dies neuerdings als Möglichkeit, von den gemeinsamen Vorschriften abzuweichen, also nationales Recht anstelle des Unionsrechts anzuwenden. Dies ist eine erstaunliche Entwicklung: Nicht einmal zu der Hochphase der Flüchtlingsschutzkrise 2015/16 hat die deutsche Bundesregierung ihre Maßnahmen mit Art. 72 AEUV begründet. Eine so drastische Infragestellung des Projekts eines unionsweiten Mobilitätsraums war bislang europaskeptischen Regierungen wie der ungarischen vorbehalten. Neuerdings rekurriert auch die österreichischen Bundesregierung in Bezug auf den [vorübergehenden Stopp des Familiennachzugs](#) auf Art. 72 AEUV. Die [deutsche Bundesregierung](#) hat dieses Argument erstmals in einem Fall vorgetragen, der die Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch Österreich betraf (Rn. 55).

Der EuGH ist einer solchen Interpretation des Art. 72 AEUV jedoch entschieden entgegengetreten, beginnend mit einer [Grundsatzentscheidung](#) im Jahr 2020. Auf dieser Linie hat der [EuGH](#) speziell zum

Thema Grenzkontrollen klargestellt, dass die „bloße Tatsache, dass eine nationale Maßnahme, wie eine Entscheidung über Kontrollen an den Binnengrenzen, zum Schutz der nationalen Sicherheit getroffen wurde, nicht dazu führen“ kann, dass Unionsrecht nicht mehr anwendbar sei bzw. die Mitgliedstaaten „von der Beachtung des Unionsrechts entbunden“ seien (Rn. 84). Hier wird ein grundlegend anderes Verständnis der Regelung deutlich als es die genannten Regierungen zugrunde legen: Art. 72 AEUV ist keine Generalklausel, die den Mitgliedstaaten ein Abweichen vom Unionsrecht erlaubt, sondern richtet sich in erster Linie an den Unionsgesetzgeber, der die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im Bereich der öffentlichen Sicherheit zu beachten hat, wenn er seinem Auftrag zur Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) nachkommt.

Art. 72 AEUV lässt sich deshalb auch nicht als „Schutzklausel“ verstehen, wie sie aus dem Binnenmarktrecht bekannt sind und dort im weiten Umfang Beschränkungen von Grundfreiheiten des Binnenmarkts rechtfertigen. Anders als das Binnenmarktrecht kennt der RFSR keine unmittelbar anwendbaren Vorschriften, sodass Art. 72 AEUV ohne Aktivwerden des Unionsgesetzgebers keine eigenständige Bedeutung zukommt. Der Vergleich der Vorschrift mit den Schutzklauseln im Binnenmarktrecht passt daher dogmatisch nicht, auch wenn der EuGH die Vorschriften in einem Atemzug nennt, um ihren abschließenden Charakter zu betonen (Rn. 86). Eine solche Klausel für nationale Alleingänge auf einem harmonisierten Sektor findet sich für den Binnenmarkt in Art. 114 Abs. 4 AEUV, der ausdrücklich eine Beibehaltung von nationalen Vorschriften erlaubt, die durch „wichtige Erfordernisse i.S.d. Art. 36 AEUV“ gerechtfertigt sind. Diese nationalen Ausnahmen bedürfen nach Art. 114 Abs. 6 AEUV jedoch der Zustimmung der Kommission. Die Vertragsbestimmungen zum RFSR sehen einen solchen kontrollierten Alleingang im Falle der Harmonisierung durch den Unionsgesetzgeber aber gerade nicht vor. Mit anderen Worten: Der Unionsgesetzgeber muss gemäß Art. 72 AEUV die Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten berücksichtigen, die dabei gefun-

denen Lösungen sind aber für die Mitgliedstaaten verbindlich.

Den Unterschied zum Binnenmarktrecht bestätigt auch der EuGH in seiner Rechtsprechung. Sobald der Unionsgesetzgeber aktiv geworden ist, ist Art. 72 AEUV legislativ mediatisiert, d.h. es verbleibt kein Anwendungsbereich mehr für diese Vorschrift. Im konkreten Fall der Binnengrenzkontrollen zwischen Deutschland und Österreich wies der EuGH auf den „umfassenden Rahmen“ (Rn. 87) hin, den der Unionsgesetzgeber mit dem im Schengener Grenzkodex vorgesehenen Verfahren geschaffen habe. Dessen Ziel sei es, „ein angemessenes Gleichgewicht, wie es in Art. 3 Abs. 2 EUV in Aussicht genommen wird“ (Rn. 88), im europäischen Mobilitätsraum zu gewährleisten. Dabei werde der Ausübung der sicherheitsbezogenen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten durch die sekundärrechtliche Regelung bereits hinreichend Rechnung getragen. Der Unionsgesetzgeber hat das spezifische Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im europäischen Mobilitätsraum so ausgestaltet, dass die Mitgliedstaaten im Falle einer anhaltenden Bedrohung kooperative Maßnahmen ergreifen müssen, um dieser Bedrohung entgegenzuwirken (Rn. 77). Die Ausgestaltung des europäischen Mobilitätsraums unterliegt danach einer Kooperationspflicht. Aus unionsverfassungsrechtlicher Perspektive lässt sich dies als Ausdruck des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV und des Grundsatzes der Solidarität aus Art. 2 EUV verstehen. Sicherheitsbedrohungen von außen wie von innen sind daher, von kurzfristigen Ausnahmen abgesehen, kooperativ zu lösen und seit der Neufassung des Schengener Grenzkodex eingehend und in Absprache mit der Kommission zu begründen.

Nationale Alleingänge sind damit im RFSR unionsrechtswidrig und können nicht unter direktem Rückgriff auf Art. 72 AEUV gerechtfertigt werden. Vielmehr hat der Unionsgesetzgeber die entsprechenden mitgliedstaatlichen Sicherheitsinteressen in seiner Gesetzgebung zu berücksichtigen. Würde Art. 72 AEUV unilaterale Abweichungen unter Verweis auf nationale Sicherheitsinteressen erlauben, wäre das Projekt der Realisierung eines europäischen Mobilitätsraums ernsthaft gefährdet.

Umfassende sekundärrechtliche Mediatisierung im RFSR

Der Gedanke der legislativen Mediatisierung greift daher auch in Bezug auf andere Rechtsakte, die den europäischen Mobilitätsraum konkretisieren. Auch die Dublin-III-Verordnung schafft einen umfassenden und kooperativen Rahmen. Sie errichtet ein lückenloses System der Asylzuständigkeit, in dem die Verteilung von Verwaltungs- und Versorgungslasten nach objektiven Kriterien erfolgt, die nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehen. Kein Mitgliedstaat kann durch einen Rückgriff auf Art. 72 AEUV diese Lasten einseitig auf andere Mitgliedstaaten verschieben. Dies gilt umso mehr, als die Dublin-Regelungen nicht nur der Erreichung unionaler Aufgaben und Ziele dienen, sondern auch dem Schutz der Rechte von Schutzsuchenden. Ihre Interessen an einer klaren Zuständigkeitsverteilung und einem effektiven Zugang zum Asylverfahren müssen mit in Rechnung gestellt werden.

Vor dem Hintergrund legislativer Mediatisierung lässt sich auch der vorübergehende Stopp des Familiennachzugs durch die österreichische Bundesregierung nicht mit Art. 72 AEUV rechtfertigen. Zum einen hat der Unionsgesetzgeber bereits mit der Familiennachzugsrichtlinie ein Instrument geschaffen, in dem er eine bewusste Abwägungsentscheidung getroffen hat, zugunsten bestimmter klar definierter Gruppen von Drittstaatsangehörigen einen Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung zu begründen, der über das menschenrechtlich geforderte Minimum hinausgeht. Flüchtlinge sind ausdrücklich begünstigt, der Kreis der begünstigten Familienangehörigen aber bewusst beschränkt. Die Berufung der österreichischen Regierung auf eine „[Gefährdung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Einrichtungen](#)“ ist schon insofern [wenig überzeugend](#), als es in der Sache um die angespannte Lage im Schulsystem eines einzelnen Bundeslandes geht. Die Regierung stützt sich zudem auf die Behauptung [steigender Asylantragszahlen](#) (S. 13) und das [Fehlen gelinderer Mittel](#) für eine effektive Entlastung (S. 11 ff.). Die derzeit unionsweit sinkenden Asylzahlen (siehe oben) machen eine solche Rechtfertigung schon faktisch unplausibel. Hinzu kommt, dass

mit der Gewährung eines individuellen Rechts auf Familiennachzug erwartbar und damit auch planbar der Schulbesuch der nachziehenden Kinder verbunden ist. Diese Konsequenz hat der Unionsgesetzgeber sehenden Auges in seine gesetzgeberische Entscheidung eingestellt.

Soweit der EuGH trotz sekundärrechtlicher Media-tisierung ausnahmsweise eine Berufung auf Art. 72 AEUV zulässt, beschränkt er dies auf „ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle“ (Rn. 86). Solche außergewöhnlichen Fälle wird man nur dort annehmen können, wo es sich um Fallgestaltungen und Folgen handelt, die der Gesetzgeber nicht im Blick hatte oder nicht im Blick haben konnte. Für die erwartbare Folge der Beschulung nachziehender Kinder von international Schutzberechtigten ist dies offensichtlich nicht der Fall. Für die Grenzkontrollen und Zurückweisungen an den Schengen-Binnengrenzen lässt sich eine solche außergewöhnliche Lage ebenfalls nicht begründen. Für die Grenzkontrollen hat der Gesetzgeber eine entsprechende Migrationslage ausdrücklich gewürdigt, und die Garantie eines Asylverfahrens in der Union bei gleichzeitigem Interessenausgleich zwischen den Mitgliedstaaten ist die *Raison d’Être* des Dublin-Systems. Wenn unilaterale Wahrnehmungen von „Überlastungen“ mit Asylbewerber:innen an dessen Stelle treten, wäre das Projekt eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems gescheitert.

Solidarität statt nationaler Alleingänge im neuen GEAS

Für die Zukunft verschließt der künftige Solidaritätsmechanismus die Tür, etwaige Überlastungssituationen im Migrationsmanagement als unerwartete Ereignisse und damit als Rechtfertigung für nationale Alleingänge zu deklarieren, endgültig. Mit der Asyl- und Migrationsmanagementverordnung 2024/1351 (AMMVO) ist künftig ein umfassender Solidaritätsmechanismus vorgesehen, der im Falle kritischer Überlastung der Asylsysteme einzelner Mitgliedstaaten kooperative Lösungen vorsieht. Aufgabe der Kommission ist es, jene Mitgliedstaaten zu identifizieren, die sich in diesen Situationen befinden. Ähnlich wie die Umstände, die allenfalls die Wiedereinführung von Grenzkontrollen nach Art. 25 Abs. 1 lit. c SGK rechtfertigen, sollte es sich dabei um Situationen handeln, in denen für einen Mitgliedstaat mit gut vorbereitetem Asyl-, Aufnahme- und Migrationssystem durch Einreisen oder Asylanträge von Drittstaatsangehörigen unverhältnismäßige Verpflichtungen entstehen (Migrationsdruck, Art. 2 Abs. 24) bzw. in denen die Mitgliedstaaten die Kapazitätsgrenzen ihrer Asyl-, Aufnahme- und Migrationssysteme erreichen (ausgeprägte Migrationslage, Art. 2 Abs. 25). Auch hier stützt sich die Kommission in ihrer Evaluierung, neben den Berichten der Mitgliedstaaten, auf einschlägige Daten von Unionsagenturen. Im Zentrum des Solidaritätsmechanismus steht daneben die Identifizierung des Bedarfs an Solidaritätsbeiträgen in Form von Übernahmen, finanziellen Mitteln oder alternativen Solidaritätsmaßnahmen, die in weiterer Folge durch ein eigens geschaffenes Organ koordiniert und an Mitgliedstaaten unter Migrationsdruck verteilt werden. Mitgliedsstaaten, die sich in einer ausgeprägten Migrationslage befinden, werden ihrerseits von ihren Solidaritätsverpflichtungen ganz oder teilweise entbunden. Unter der AMMVO wird damit ein Mechanismus geschaffen, der eine kooperative Reaktion auf Überlastungen von Mitgliedstaaten vorsieht, indem die benötigten Unterstützungs- bzw. Solidaritätsleistungen bereits vorab ausverhandelt werden und in der Folge gezielt zugewiesen werden können.

Bereits das bisher bestehende Reglement untersagt den Mitgliedstaaten nationale Alleingänge, soweit sie nicht durch außergewöhnliche und unvorhergesehene Umstände begründet sind, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat oder berücksichtigen konnte. In der gegenwärtigen Situation spricht ohnehin nichts dafür, dass die Voraussetzungen für eine zugespitzte Bedrohung der inneren oder äußeren Sicherheit, die im Rahmen der unionsrechtlich vorgesehenen Mechanismen nicht bewältigt werden kann, auch nur im Ansatz vorliegen. Mit dem neuen Solidaritätsmechanismus wird der Raum für unvorhergesehene außergewöhnliche Ausnahmen weiter eingeschränkt. Der Unionsgesetzgeber priorisiert damit konsequent kooperative und solidarische Mechanismen und untersagt nationale Alleingänge.

Constantin Hruschka

Dobrindts Rechtsbruch

Warum die aktuellen Kontrollen an den deutschen Binnengrenzen rechtswidrig sind

doi: 10.59704/61c1f0229bfa0215



Der neue Innenminister Alexander Dobrindt hat [am 7. Mai 2025 die Bundespolizei angewiesen](#), auch Schutzsuchenden bei Binnengrenzkontrollen die Einreise basierend auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG zu verweigern (und diese in den jeweiligen angrenzenden Staat zurückzuweisen). Damit sind die bei Schutzsuchenden verpflichtend durchzuführenden Dublin-Verfahren für diese Personengruppe faktisch ausgesetzt. Davon ausgenommen sind nur „erkennbar vulnerable Personen“, die „weiterhin an die zuständigen Stellen oder Erstaufnahmeeinrichtung weitergeleitet werden.“ Diese Aussetzung des Dublin-Verfahrens an den deutschen Binnengrenzen ist evident rechtswidrig – also ein klarer Rechtsbruch.

Kein eigenständiger Anwendungsbereich für Art. 72 AEUV

Das wäre selbst dann der Fall, wenn sich die [Bundesregierung auf eine Ausnahme von der Beachtung des EU-Rechts](#) gemäß [Art. 72 AEUV](#) aufgrund einer Notlage stützen wollen würde, denn die Voraussetzungen für die Annahme eines eigenständigen Anwendungsbereichs von Art. 72 AEUV sind im Bereich von Grenzkontrollen offensichtlich nicht erfüllt. Art. 72 AEUV regelt nämlich nicht eine Ausnahme vom Sekundärrecht, sondern enthält die Aussage, dass die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Wahrung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit durch die Unionsgesetzgebung nicht ausgehebelt werden. Der EuGH hat in diesem Kontext entschieden, dass in einer Situation, in der der Unionsgesetzgeber der „Wahrnehmung der Zuständigkeiten, über die die Mitgliedstaaten nach Art. 72 AEUV verfügen, [durch entsprechende Normen, die diese Zuständigkeiten in

den Blick nehmen,] gebührend Rechnung getragen hat“, Art. 72 AEUV keinen eigenen Anwendungsbereich hat (EuGH, [Urteil im Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn](#), Rn. 212 ff., 221). Art. 72 AEUV kann daher im Bereich der [Dublin-Verordnung](#) oder der Binnengrenzkontrollen schon deshalb nicht zur Anwendung kommen, da beide Regelungsbereiche, die Zuständigkeiten für Notlagen in den Blick genommen haben und abschließend regeln (durch Art. 33 Dublin-Verordnung und Art. 25 ff. SGK).

Im Folgenden sollen die rechtlichen Argumente beleuchtet werden, die aktuell zur Rechtfertigung von Einreiseverweigerungen (nicht nur für Schutzsuchende) an den deutschen Binnengrenzen herangezogen werden. Um es gleich zu sagen: Wirklich kompliziert ist das nur, wenn es darum geht, den Rechtsbruch, der spätestens durch die der Einreiseverweigerung folgenden Zurückweisungen oder Zurückschiebungen geschieht, zu rechtfertigen – denn mit anerkannten juristischen Methoden ist dies schlicht nicht möglich.

Diskursive Verwirrung

Wie verworren die Diskussion inzwischen ist, kann politisch etwa daran beobachtet werden, dass der Bundeskanzler, der Innenminister und die Bundespolizei unterschiedliche Rechtfertigungsstränge für den Rechtsbruch bedienen. Während der Bundeskanzler sagt, es sei europarechtskonform, was an den Binnengrenzen passiert und zum Vergleich auf die Kontrollen bei Sportgroßereignissen hinweist und damit auf den Schengener Grenzkodex und dessen Regelungen zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen rekurriert, geht der Innenminister einen anderen Weg. In

seiner Weisung wird § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG genannt, womit die Anwendung der Dublin-Verordnung (unter explizitem medialem Verweis auf Art. 72 AEUV) partiell ausgesetzt wäre. Die Bundespolizei hingegen bezieht sich auf Abkommen mit den jeweiligen Nachbarstaaten und damit auf die Ausnahme vom Erlass einer Rückkehrentscheidung nach Art. 6 Abs. 3 [Rückführungsrichtlinie](#) (RRL). Diese Ausnahme greift, wenn ein anderer Mitgliedstaat die Person „aufgrund von zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie geltenden bilateralen Abkommen oder Vereinbarungen“ wieder aufnimmt.

Da alle drei Begründungsstränge nicht miteinander kombinierbar sind, ist es auch angezeigt, diese separat zu betrachten. Allen drei Argumentationen liegt die Annahme zugrunde, dass die aktuellen Grenzkontrollen rechtmäßig sind und dass die deutschen Behörden aktuell in einem rechtlich relevanten Sinne überfordert sind. Daher werden diese beiden Fragen zuerst behandelt.

Aktuell rechtswidrige Grenzkontrollen

Die Frage, wann Grenzkontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raumes rechtmäßig wieder eingeführt werden können, ist grundlegend im [Schengener Grenzkodex](#) (SGK) in Art. 25 geregelt. Dieser erfordert eine Notlage zur Wiedereinführung (und Aufrechterhaltung) der Binnengrenzkontrollen. Binnengrenzkontrollen dürfen nämlich nur wieder eingeführt werden, wenn „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht“ sind. Es muss also eine Notlage herrschen und es müssen vorher alternative, weniger einschneidende Maßnahmen geprüft werden (Art. 26 SGK). Zusätzlich ist erforderlich, dass „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen. Angesichts dieser Vorgaben ist es kein Wunder, dass Luxemburg bereits nach der [erneuten Einführung der Binnengrenzkontrollen an den deutschen West- und Nordgrenzen im September 2024](#) ein Konsultationsverfahren (nach Art. 27a SGK) verlangt hat, weil die dortige Regierung (völlig zu Recht) an der Notwendigkeit der Grenzkontrollen zwischen Deutschland und Luxemburg zweifelt. In diesem Verfahren hat die Kommission im [Schengen-Statusbericht 2025](#) (Annex

I, Punkt 4) eine begründete Stellungnahme angekündigt, die angesichts der Rechtsprechung des EuGH nur gegen die Rechtmäßigkeit der aktuellen Binnengrenzkontrollen ausfallen kann.

Hier ist zu hoffen, dass die Kommission ihre Rolle ernst nimmt und feststellt, dass die Kontrollen rechtswidrig sind. Der EuGH hat nämlich bereits in einer vergleichbaren Situation für die [Binnengrenzkontrollen zwischen Österreich und Slowenien](#) deren Rechtswidrigkeit festgestellt und festgehalten, dass Art. 72 AEUV weder „dahin ausgelegt werden kann, dass er die Mitgliedstaaten ermächtigt, durch bloße Berufung auf ihre Zuständigkeiten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit von den Bestimmungen des Unionsrechts abzuweichen“ (Rn. 86) noch eine Abweichung von Art. 25 SGK rechtfertigen kann (Rn. 90). Die [Binnengrenzkontrollen zwischen Deutschland und Österreich](#) hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) erst im März 2025 für rechtswidrig gehalten.

Wichtig zu erwähnen ist noch, dass sowohl der EuGH als auch der BayVGh die auf rechtswidrige Grenzkontrollen gestützten Maßnahmen ebenfalls für rechtswidrig erklärt haben. Der EuGH hat dabei deutlich gemacht, dass „eine Sanktionsregelung nicht mit den Bestimmungen des Schengener Grenzkodex vereinbar ist, wenn sie auferlegt wird, um die Einhaltung einer Pflicht zur Duldung einer Kontrolle sicherzustellen, die ihrerseits nicht im Einklang mit diesen Bestimmungen steht“ (Rn. 97). Damit ist genereller gesagt, dass Maßnahmen, die auf rechtswidrige Grenzkontrollen gestützt sind (also auch Zurückweisungen und Zurückschiebungen), rechtswidrig sind.

Damit wäre die Bewertung der Weisung rechtlich eigentlich zu Ende, da schon die Grundlage für Zurückweisungen und Zurückschiebungen fehlt. Da es aber in Deutschland einen sehr weitgehenden medial-politischen Konsens zu geben scheint, dass die aktuellen Grenzkontrollen rechtmäßig sind (was die Nachbarstaaten explizit anders sehen), sollen im Folgenden auch die weiteren rechtlichen Fragen thematisiert werden. Hierzu sei unterstellt – nur als hypothetische Grundlage für die weitere Analyse, nicht als eigener

Befund –, dass die aktuellen Binnengrenzkontrollen an den deutschen Grenzen rechtmäßig sind.

Keine rechtlich relevante Überforderung der Behörden

Das zentrale Argument für die aktuelle Verschärfung der Grenzkontrollen ist die Überforderung der deutschen Behörden. Eine behördliche Überforderungssituation kann grundsätzlich nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 Bst. c SGK ein Grund für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen sein. Dies allerdings nur in einer außergewöhnlichen Situation und nicht aufgrund einer systemisch angelegten Überlastung der Behörden. Die Norm setzt nämlich voraus, „dass plötzlich eine sehr hohe Zahl unerlaubter Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedstaaten stattfindet, wodurch die Ressourcen und Kapazitäten der gut vorbereiteten zuständigen Behörden insgesamt erheblich unter Druck geraten“. Davon kann angesichts der zurückgehenden Antragszahlen keine Rede sein.

Um rechtlich relevant zu sein, darf die Überforderung der Behörden zudem nicht vorhersehbar gewesen sein. Die seit Jahren dringenden Appelle der Bundesländer (unter anderem durch Beschlüsse der [IMK](#) und der [MPK](#)) an die Bundesregierung, der Überforderung der Landesbehörden entgegenzuwirken, zeigen, dass die deutschen Behörden eben nicht gut vorbereitet in einem europarechtlichen Sinne sind.

Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass der EuGH in einem Urteil vom 8. Mai 2025 (also am Tag nach der Weisung des Innenministers) die Argumentation mit hohen Zugangszahlen zur Rechtfertigung der Anwendung von Ausnahmebestimmungen bei Behördenüberlastung für europarechtlich nicht zulässig erklärte. Das [Urteil Zimir](#) betraf die Dauer von Asylprüfverfahren. Regulär ist ein Asylverfahren innerhalb von sechs Monaten durchzuführen (Art. 31 Abs. 3 der [Asylverfahrensrichtlinie](#)). Diese Frist zu verlängern (in dem Fall: um neun Monate), ist nach Ansicht des EuGH an hohe Voraussetzungen geknüpft (Rn. 55 f.). Eine solche Verlängerung kommt gem. Art. 31 Abs. 3 Unterabs. 3 Bst. b AsylverfRL nur in Frage, wenn die Situation „nicht auf andere Umstände als die große Anzahl gleichzeitig gestellter Anträge zurückzufüh-

ren“ ist. Insbesondere „das vorherige Vorliegen einer großen Menge nicht bearbeiteter Anträge oder die unzureichende Zahl an Personal der Asylbehörde“, sind keine Argumente, die eine Fristverlängerung rechtfertigen.

Ist „die Zahl dieser Anträge über einen langen Zeitraum beständig hoch, ist es gemäß Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie Sache des Mitgliedstaats, die Asylbehörde angemessen auszustatten, um für sie eine ausreichende Bearbeitungskapazität zu gewährleisten.“ Dasselbe gilt selbstverständlich für die Ausstattung der Behörden, die für die Aufnahme von Asylsuchenden zuständig sind. Die deutschen Behörden sind daher nicht in europarechtlich relevanter Weise überfordert, da das Problem hausgemacht und deren mangelhafter Ausstattung geschuldet ist.

Zusätzlich wäre es in diesem Bereich erforderlich, dass durch die Überforderung eines Mitgliedstaats „das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt wahrscheinlich gefährdet ist, wobei diese Situation durch Informationsanalysen und alle verfügbaren Daten, auch von betreffenden Agenturen der Union, belegt wird.“ Diese europäische Dimension fehlt der aktuellen nationalen Diskussion um Grenzkontrollen vollständig. Aus europäischer Sicht ist dem Schengen-Raum nicht geholfen, wenn ein Land seine (angebliche) Überforderung auf den anderen Mitgliedstaaten ablädt, wie dies verschiedene Mitgliedstaaten (insbesondere [Ungarn](#), [Griechenland](#) und [Italien](#)) aktuell und teilweise schon seit langer Zeit tun.

Keine unilateralen Zurückweisungen auf Basis des Schengener Grenzkodex

Der SGK enthält keine Norm, die es bei wiedereingeführten Grenzkontrollen erlaubt, Personen an der jeweiligen Grenze direkt zurückzuweisen oder zurückzuschieben. Vielmehr hat der EuGH im [Urteil ADDE u.a.](#) für die Grenzkontrollen zwischen Italien und Frankreich klargestellt, dass im Fall einer Einreiseverweigerung an einer kontrollierten Binnengrenze trotzdem ein Rückkehrverfahren nach der Rückführungsrichtlinie durchzuführen ist. Der EuGH stellt in diesem Verfahren klar, dass eine Einreiseverweigerung nur an

einer benannten Grenzübergangsstelle ausgesprochen werden darf (Rn. 39). Solche **Grenzübergangsstellen hat Deutschland aber bisher nicht benannt**. Zudem müssen die Verfahrensrechte der Person nach der Rückführungsrichtlinie gewahrt werden, auch wenn dieser Umstand einer Einreiseverweigerung, die gegenüber einer drittstaatsangehörigen Person ausgesprochen wird, die „an einer der Binnengrenzen dieses Mitgliedstaats einreisen will [...], einen Großteil ihrer Wirksamkeit nehmen kann“ (Rn. 40). Der EuGH ist sich also bewusst, dass die Notwendigkeit eines förmlichen Verfahrens die Wirkung von Binnengrenzkontrollen auf die Migrationskontrolle beschränkt (z.B. zur Registrierung) und direkte Zurückweisungen ausschließt.

Sind keine Grenzübergangsstellen benannt, ist die Einreiseverweigerung und die Zurückweisung oder Zurückschiebung nicht vorgesehen. Mobile Grenzübergangsstellen sieht der SGK nicht vor.

Die einzige Möglichkeit einer Zurückschiebung im Schengener Grenzkodex, die nicht ein Verfahren nach der Rückführungsrichtlinie voraussetzt, findet sich in Art. 23a SGK, der – als Vorstufe zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen, vgl. Art. 26 Abs. 1 Bst. a Ziff. ii SGK – zur Anwendung kommen kann, wenn gemeinsame „Kontrollen unter Beteiligung der zuständigen Behörden beider Mitgliedstaaten im Rahmen der bilateralen Zusammenarbeit“ (sog. Schleierfahndung) stattfinden. In einer solchen Situation sind Überstellungen in den angrenzenden Staat möglich, „sofern die Mitgliedstaaten vereinbart haben, im Rahmen dieser bilateralen Zusammenarbeit ein solches Verfahren anzuwenden“. Es ist also eine explizite Zustimmung des angrenzenden Staates und eine (neu) vereinbarte diesbezügliche Zusammenarbeit erforderlich.

Auch im Rahmen dieses Verfahrens ist aber eine Überstellung von Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen ausgeschlossen, wie Art. 23a Abs. 1 UAbs. 2 SGK klarstellt.

Gestützt auf den Schengener Grenzkodex allein können somit keine Zurückweisungen gerechtfertigt werden und Überstellungen kann es nur im Rahmen einer vereinbarten Zusammenarbeit geben. Der SGK eignet sich also nicht als Argument für die aktuelle Zurückweisungspraxis.

Aussetzung der Dublin-Verordnung

Eine europarechtliche Möglichkeit, einen kompletten Rechtsakt als Mitgliedstaat zu suspendieren, gibt es nicht. Zudem würde die teilweise propagierte Nichtigkeit wegen Nichtfunktionierens des Systems auch erfordern, dass gar keine Dublin-Verfahren mehr durchgeführt werden, was aktuell nicht der Fall ist.

Damit ist es nicht möglich, sich einfach auf die in § 18 Abs. 2 Nr. 1 AsylG vorgesehene Einreiseverweigerungsmöglichkeit zu berufen, da für das Dublin-System § 18 Abs. 4 Nr. 1 AsylG vorsieht, dass Personen, für deren Asylverfahren Deutschland zuständig ist, die Einreise gestattet wird. Es ist also auch nach dem AsylG eine Zuständigkeitsprüfung an der Grenze vorgesehen, um entscheiden zu können, ob die Einreise zu gestatten ist. Eine direkte Zurückweisung ohne Zuständigkeitsprüfung ist auch nach dem AsylG nicht rechtmäßig. Rechtlich kann die Weisung des Innenministers dementsprechend auch bei suspendierten Dublin-Verfahren nicht für alle Asylsuchenden greifen, ohne vorgängig § 18 Abs. 4 AsylG zu ändern.

Der Teil der Weisung, mit dem erkennbar vulnerable Personen von den Zurückweisungen ausgenommen werden sollen, kann als Weisung, „aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ die Einreise zu gestatten (§ 18 Abs. 4 Nr. 2 AsylG), angesehen werden. Damit ist die Anwendung der sog. Fiktion der Nichteinreise auf diese Personen rechtlich ausgeschlossen, da ihnen die Einreise zu gestatten ist.

Im unionsrechtlichen Kontext ist die Weisung wohl am ehesten so zu interpretieren, dass Deutschland (unter Berufung auf eine Notlage gem. Art. 72 AEUV) Art. 3 Abs. 1 Dublin-Verordnung partiell ausgesetzt hat. Dieser lautet:

„Die Mitgliedstaaten prüfen jeden Antrag auf internationalen Schutz, den ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einschließt an der Grenze oder in den Transitzonen stellt. Der Antrag wird von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Krite-

rien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird.“

Das bedeutet, dass für jede Person, die gegenüber deutschen Behörden auf deutschem Staatsgebiet ein Asylgesuch äußert, ein Verfahren durchzuführen ist, in dem zunächst die Zuständigkeit bestimmt wird. Daran schließt sich entweder ein Übernahmeverfahren mit dem zuständigen Staat an („Dublin-Verfahren“) oder – wenn Deutschland zuständig ist oder wird – die Prüfung, ob die Person Schutz benötigt.

Eine Abweichung von Art. 3 Abs. 1 Dublin-Verordnung ist nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen. In seinem [Urteil Jafari](#) aus dem Jahr 2017 hat sich der EuGH mit der Situation an den Grenzen im Jahr 2015 beschäftigt. Der Gerichtshof stellt klar, dass „Art. 3 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung die Anwendung des in der Verordnung festgelegten Verfahrens auf jeden von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gestellten Antrag auf internationalen Schutz“ vorsieht, „ohne davon Anträge auszunehmen, die in einer durch die Ankunft einer außergewöhnlich hohen Zahl internationalen Schutz begehrender Drittstaatsangehöriger gekennzeichneten Situation gestellt werden“ (Rn. 96).

Dazu führt der Gerichtshof aus, dass die Verordnung mit Art. 33 Dublin-Verordnung eine Norm beinhalte, die für Krisensituationen geschaffen wurde. Mit dieser Norm sei der Situation der „Ankunft einer außergewöhnlich hohen Zahl internationalen Schutz begehrender Drittstaatsangehöriger“ Rechnung getragen und es würden den Mitgliedstaaten aufgrund dessen entsprechende Instrumente zur Verfügung gestellt. Diese Instrumente, die es ermöglichen sollen, der Situation „angemessen zu begegnen“, sehen keine Möglichkeit von der Anwendung der Verordnung abzuweichen vor (Rn. 93 ff.).

Eine Abweichung von den Normen der Dublin-Verordnung hat der EuGH auch in seinem [Urteil Tudmur](#) zu der von Italien im Jahr 2022 erklärten (und regelmäßig verlängerten) Notlage, mit der die italienische Regierung die Verweigerung der Rückübernahme im Rahmen von Dublin-Verfahren begründet, ausgeschlossen. Der Gerichtshof stellt klar, dass eine einsei-

tige Aufkündigung der Verpflichtungen aus der Dublin-Verordnung rechtlich nicht in Frage kommt. Ein Mitgliedstaat könne sich „nicht durch eine bloße einseitige Ankündigung seinen Pflichten nach dieser Verordnung entziehen, da eine solche Möglichkeit dazu führen würde“, dass „das ordnungsgemäße Funktionieren des durch diese Verordnung geschaffenen Systems“ gefährdet würde (Rn. 42).

Verfahren nach der Rückführungsrichtlinie

Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie (RRL) „erlassen die Mitgliedstaaten gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung.“ Eine solche Entscheidung ist auch bei wiedereingeführten Grenzkontrollen notwendig, wie der EuGH betont hat (siehe oben).

Keine Zurückweisungen von Asylsuchenden

Voraussetzung für eine Rückkehrentscheidung ist daher ein illegaler Aufenthalt. Durch das Äußern eines Asylgesuches wird gemäß Art. 9 Abs. 1 [AsylverfahrensRL](#) aus dem illegalen Aufenthalt (mindestens) für die Dauer des Asylverfahrens ein legaler Aufenthalt und die Rückführungsrichtlinie ist nicht mehr anwendbar. Dies hat der EuGH etwa für Verfahren klargestellt, in denen eine Person basierend auf der Rückführungsrichtlinie in Abschiebungshaft genommen werden sollte ([EuGH, Urteil VL](#), Rn. 99). Der Gerichtshof hat diesbezüglich [in einem weiteren Urteil](#) grundsätzlich klargestellt, dass „der betreffende Kläger ab dem Zeitpunkt, zu dem er seinen neuen Asylantrag gestellt hat, erneut als Person, die internationalen Schutz beantragt und in den Anwendungsbereich der Richtlinien [2013/32](#) und [2013/33](#) fällt, angesehen werden“ muss und die Rückführungsrichtlinie in solchen Fällen nicht zur Anwendung kommt (Rn. 213). Eine Zurückweisung von Asylsuchenden auf der Basis der Rückführungsrichtlinie kommt also nicht in Frage.

Keine unilaterale Zurückweisung illegal aufhältiger Personen

Wie oben dargelegt, dürfen Personen an Binnengrenzen generell nach der Rechtsprechung des EuGH nur

im Rahmen bilateraler Vereinbarungen und unter Wahrung der Verfahrensrechte nach der Rückführungsrichtlinie zurückgewiesen werden.

Art. 6 Abs. 3 RRL regelt:

„Die Mitgliedstaaten können davon absehen, eine Rückkehrentscheidung gegen illegal in ihrem Gebiet aufhältige Drittstaatsangehörige zu erlassen, wenn diese Personen von einem anderen Mitgliedstaat aufgrund von zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie geltenden bilateralen Abkommen oder Vereinbarungen wieder aufgenommen wird. In einem solchen Fall wendet der Mitgliedstaat, der die betreffenden Drittstaatsangehörigen wieder aufgenommen hat, Absatz 1 an.“

Das bedeutet, dass im Rahmen eines formalen Verfahrens eine Rückkehrentscheidung nach der Richtlinie (die die Beendigung des Aufenthalts im Schengen-Raum zum Ziel hat) unterbleiben kann, wenn der angrenzende Staat die Person wieder aufnimmt. Dies ist grundsätzlich nur im Rahmen eines bilateralen Rückübernahmeabkommens möglich. Solche Abkommen hat Deutschland mit allen Nachbarstaaten. Diese ermöglichen allerdings keine unilaterale Zurückweisung oder Zurückschiebung, sondern erfordern die Kooperation des angrenzenden Staates. Damit kann auch die sog. Fiktion der Nichteinreise, jedenfalls nicht in der Weise, wie dies in der Weisung angesprochen ist, zur Anwendung kommen. Der EuGH stellt diesbezüglich klar, dass die Einreise an den Binnengrenzen des Schengen-Raumes durch das Überschreiten oder Überfahren der Grenzlinie erfolgt (vgl. [EuGH, Urteil ADDE](#), Rn. 31 ff.) und daher auch bei Aussprechen einer Einreiseverweigerung ein formelles Rückübernahmeverfahren notwendig ist. Diese Feststellung war auch unabhängig von der Existenz eines Rückübernahmeabkommens, da es [ein solches auch zwischen Frankreich und Italien](#) gibt, und die Entscheidung sich mit den Ausnahmen von Rückkehrverfahren beschäftigt hat. Der EuGH hat damit eine zusätzliche Absicherung gegen nicht unmittelbar überprüfbare Sofortmaßnahmen geschaffen, die bisher in der Praxis geflissentlich übergangen wurde.

Insoweit waren schon die bisher durchgeführten Zurückweisungen und Zurückschiebungen wohl in weiten Teilen rechtswidrig, weil diese meist nicht in einem formalen Verfahren erfolgt sind, wie etwa im [Schengen-Statusbericht 2024](#) nachzulesen ist (Anhang 3, Punkt 1.2).

Fazit

Die Weisung des Innenministers und die aktuelle Praxis der Zurückweisungen an den deutschen Binnengrenzen sind evident rechtswidrig. Es ist unter keinem europarechtlichen Gesichtspunkt denkbar, dass diese Weisung und die sich anschließende Praxis gestützt auf Art. 72 AEUV gerechtfertigt werden könnte.

Der EuGH hat die Anwendung von Art. 72 AEUV im Dublin-Bereich ausgeschlossen. Der Bedeutungsgehalt von Art. 72 AEUV ist im Schengen-Bereich bereits durch Art. 25 SGK umgesetzt. Eine darüberhinausgehende Anwendung von Art. 72 AEUV ist auch in einer Notlage nicht denkbar, da bereits die Wiedereinführung und Aufrechterhaltung der Grenzkontrollen eine Notlage voraussetzt.

Will man nicht, wie dies teilweise anklingt, den Vorrang des Europarechts (Art. 23 GG), das individuelle Asylrecht (Art. 16a GG) oder das Refoulement-Verbot (bspw. aus Art. 3 EMRK und Art. 33 Abs. 1 GFK) komplett zugunsten des Primats der Politik aushebeln und damit nach eigenem Gutdünken Recht brechen, wäre nicht nur eine Rücknahme der aktuellen Verschärfungen der Zurückweisungspraxis, sondern auch eine Aufhebung der Grenzkontrollen an den deutschen Binnengrenzen erforderlich, um den andauernden evidenten Rechtsbruch zu beenden.

Notwendig wäre in der gesamten Diskussion ein gesamteuropäischer Blick, der auch das Unionsrecht stark macht. Der EuGH hat diese Perspektive in seinem [Urteil zur Grenze zwischen Spanien und Frankreich \(Arib\)](#) von den Mitgliedstaaten eingefordert und festgehalten, „dass, wie sich aus diesem Kodex ergibt, eine Binnengrenze, an der nach Art. 25 des Kodex von einem Mitgliedstaat Kontrollen wiedereingeführt worden sind, nicht mit einer Außengrenze im Sinne dieses Kodex gleichbedeutend ist“ (Rn. 61). Der Gerichtshof weist darauf hin, dass für den Schengen-

Raum als Ganzes nichts gewonnen ist, wenn sich eine illegal aufhältige Person auf dem spanischen Territorium befindet statt auf dem französischen. Ein solcher europäischer Blick würde der deutschen Debatte sehr guttun. Dieser Blick nach Europa ist aber nach einem kurzen Aufflackern in den Berichten über die unmittelbaren Reaktionen der Nachbarländer auf die innenministerielle Weisung bereits medial-politisch wieder nahezu vollständig unsichtbar. Für den Schengen-Raum ist das eine schlechte Nachricht und für die Rechtsstaatlichkeit in Deutschland ebenfalls. Da die europäische Einbindung eine (wenn nicht sogar: die) zentrale Säule der Nachkriegsordnung ist, stellt sich die Frage, was daraus folgt, dass (nicht nur) Deutschland bereit ist, diese Errungenschaft auf dem Altar der populistischen Krisenkommunikation zu opfern, um der Bevölkerung Sicherheit und Kontrolle zu suggerieren.

Um Handlungsfähigkeit und Kontrolle zu signalisieren, gäbe es viele gute und richtige Wege. Als erster Schritt wäre angezeigt, wie dies etwa der [Sachverständigenrat für Integration und Migration in seinem aktuellen Jahresgutachten](#) fordert, die Krisenkommunikation und [hyperaktive Gesetzgebung](#) zu beenden. Dies würde den Behörden die Möglichkeit geben, sinnvolle Maßnahmen zu entwickeln und ein System aufzubauen, das nachhaltig und verlässlich funktioniert.

Carolin Dörr

Wenn Richter:innen sich dumm stellen

Zum geplanten Wechsel vom Amtsermittlungs- zum Beibringungsgrundsatz im Asylrecht

doi: 10.59704/db667b048a83f2e0



Der [schwarz-rote Koalitionsvertrag](#) sieht neben zahlreichen Verschärfungen im Asyl- und Migrationsrecht auch eine gewichtige prozessuale Änderung vor. In Zeile 3090-3091 heißt es: „Aus dem ‚Amtsermittlungsgrundsatz‘ muss im Asylrecht der ‚Beibringungsgrundsatz‘ werden.“ Dieser Grundsatz aus dem Zivilprozess besagt, dass die Parteien den Prozessstoff selbst bestimmen und dass das Gericht seiner Entscheidung explizit nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zugrunde legen darf. Der Ansatz erscheint nachvollziehbar: Wer etwas vom Staat haben will, der soll gefälligst auch selbst erklären und beweisen, warum es ihm zustehen soll.

Viele asyl- und migrationskritische Bürger:innen werden der Meinung sein, eine solche Eigeninitiative der Geflüchteten sei ja wohl das Mindeste für den Erhalt eines Schutzstatus. Und Jurist:innen, die im Zivilrecht tätig sind, mögen darauf verweisen, dass sich der Beibringungsgrundsatz vor den Amts- und Landgerichten schon lange bewährt hat. Verwaltungsrichter:innen hingegen hadern zu Recht mit der Abschaffung des Amtsermittlungsgrundsatzes im Asylrecht. Positive Erfahrungen aus dem Zivilprozess lassen sich auf den Verwaltungsprozess – und insbesondere auf das Asylverfahren – nicht übertragen.

Realität im Asylverfahren

Die Welt des Zivilprozesses ist viel kleiner und überschaubarer als die des Asylprozesses. Der Asylprozess beschäftigt sich mit globalen Krisen, fremden Rechtssystemen, historischen Entwicklungen und gesellschaftlichen Zusammenhängen. Dagegen findet der

Zivilprozess regelmäßig in der begrenzten „Welt“ zweier Privatpersonen in Gestalt ihres jeweiligen Rechtskonfliktes statt. Etwa rund um einen Baum, der Blätter aufs Nachbargrundstück abwirft, um einen Fahrzeugmotor, der nicht anspringt, oder um eine Wohnungswand, auf der sich Schimmel ausbreitet. Und auch in hochkomplexen Fällen, die im Zivilprozess natürlich vorkommen, sind die Beteiligten meistens mit ihrem eigenen Streitstoff gut vertraut. Darüber hinaus sind die Parteien im Zivilprozess – jedenfalls in der Theorie – gleich mächtig. Zwischen dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und einer einzelnen geflüchteten Person besteht dagegen strukturell und ohne Ausnahme ein massives Gefälle an Macht und Kapazitäten.

Dass das Asylverfahren ohne Amtsermittlung nicht auskommt, zeigt sich exemplarisch in Dublin-Verfahren. Hier prüfen BAMF und Gerichte nicht die Rückführung des Asylantragstellers in den Herkunftstaat, sondern in den europäischen Ersteinreisestaat. Die Klage hat Erfolg, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass dem Antragsteller im Staat der ersten Einreise oder Asylantragstellung unmenschliche und erniedrigende Behandlung droht, weil das dortige Asylverfahren systemisch mangelhaft ist. Diese Feststellung lässt sich nur auf Grundlage umfangreicher und aktueller Informationen zu den rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Bedingungen in diesen Staaten treffen. Hier werden deshalb bisher zumeist um die 90 % des gesamten Prozessstoffes durch Amtsermittlung des BAMF und der Gerichte in das Verfahren eingeführt.

Alles, was die Geflüchteten selber praktisch zum Verfahren beitragen können, sind ihre individuellen Erfahrungen, die sie gemacht haben, während sie sich einige Wochen oder Monate (oft aber auch nur wenige Tage) beispielsweise in Griechenland, Bulgarien oder Kroatien aufgehalten haben, und das zumeist in weit abgelegenen, geschlossenen Camps. Von ihnen zu erwarten, alle wesentlichen Informationen selbst beizubringen, würde jedem Einzelnen abverlangen, vorzutragen und empirisch nachzuweisen, dass die Asylverfahren Griechenlands, Bulgariens oder Kroatiens „systemisch mangelhaft“ sind und Geflüchtete dort „mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit“ verelenden, obdachlos werden, inhaftiert oder von Push-backs betroffen sein werden. Und das, während die Betroffenen sich regelmäßig nicht ansatzweise mit den fremden Rechts- und Lebensverhältnissen auskennen.

Weder Antworten noch Fragen

Hinzu kommt, dass es noch lange keine beachtliche Wahrscheinlichkeit unmenschlicher Behandlung begründet, dass Geflüchtete bei ihrem ersten Aufenthalt im Ersteinreisestaat etwa Obdachlosigkeit erfahren haben. Das Bundesamt tritt dem regelmäßig mit dem Einwand entgegen, dass der Antragsteller sich beim nächsten Mal eben einfach mehr anstrengen müsste. Um das Argument zu widerlegen, dass ein „Anstrengen“ eben nicht reicht, braucht es wiederum genaue Kenntnisse der Strukturen im Ersteinreisestaat: Auf welche Sozialleistungen haben Geflüchtete Anspruch und können sie diese auch faktisch erhalten? Wie viele Plätze stehen in staatlichen Unterkünften bereit und hat der Geflüchtete nach seiner Ausreise überhaupt noch Zugang dazu? Wie aufnahmefähig ist der Arbeitsmarkt für Menschen ohne Kenntnisse der Landessprache? Stehen Privatwohnungen für geflüchtete Personen zur Verfügung und vermieten Wohnungseigentümer überhaupt an Geflüchtete? Gibt es Sprachkurse und ab wann? Gibt es Kinderbetreuung und wo? Gibt es medizinische Versorgung und welche?

Diesem Wust an Erkenntnisstoff aus Lagebeurteilungen, NGO-Berichten und Medienartikeln, die ständig aktualisiert werden und oft auch zueinander in

Widerspruch stehen, Herr zu werden, überfordert schon viele Jurist:innen. Übrigens auch Asylanwält:innen, die in ihren Klagebegründungen nicht selten standardisierte und veraltete Textbausteine verwenden. Der juristische Laie ist hier völlig ratlos, denn er kennt weder die richtigen Antworten noch ist ihm klar, welche Fragen überhaupt entscheidungsrelevant sind. Er weiß nicht einmal, wo und wonach er eigentlich suchen soll. Und ein juristischer Laie, der nur Arabisch oder Suaheli spricht, der möglicherweise Analphabet oder traumatisiert ist und der vor wenigen Tagen oder Wochen erstmals deutschen Boden betreten hat, erst recht nicht. Können BAMF und Gerichte die Ermittlungen also nicht mehr selbst vornehmen, sind Fehlentscheidungen nicht nur möglich, sondern vorprogrammiert.

Der Staat stellt sich dumm

In Dublin-Fällen sind die dramatischen Konsequenzen des Beibringungsgrundsatzes besonders augenfällig, doch auch im „regulären“ Asylverfahren, in dem die Gefahren der Rückführung ins Herkunftsland geprüft werden, entstehen ähnliche Probleme. Die Geflüchteten können (und müssen schon heute) „nur“ ihr persönliches Schicksal und ihre eigenen Erfahrungen schildern; also etwa die drohende Genitalverstümmelung, die Vertreibung aufgrund des Bürgerkriegs oder die drohende Festnahme aufgrund ihres politischen Engagements. Dagegen haben sie strukturell kaum die Möglichkeit, fundiert darzulegen und zu beweisen, ob beispielsweise die heimische Polizei die drohende Zwangsbeschneidung verhindern kann und möchte, wie hoch die statistische Wahrscheinlichkeit ist, dass der Bürgerkrieg sie auch bei Flucht in einen anderen Landesteil wieder einholt, oder wie die gerichtliche Spruchpraxis gegenüber politischen Gefangenen im landesweiten Durchschnitt aussieht.

Die Entscheider:innen des Bundesamtes und die Richter:innen des Verwaltungsgerichts kennen dagegen die rechtlichen Maßstäbe. Und sie verfügen über umfangreiche Datenbanken zu den Verfolgungsgefahren in den Herkunftsländern der Geflüchteten. Offenen und entscheidungserheblichen Fragen können sie durch Einholung von Gutachten, Stellungnahmen und

Auskünften begegnen. Das kostet zwar Zeit, doch geht es dabei nicht selten um die Frage von Leben, körperlicher wie psychischer Unversehrtheit und einer würdevollen Existenz. Der Beibringungsgrundsatz droht sie in die absurde Situation zu bringen, dass sie ihre über Jahre zusammengetragenen Erkenntnisse zu den Lebensumständen, politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen im Drittstaat nicht mehr verwenden dürfen. Stattdessen müssten sie sich bewusst „dumm stellen“ und Informationen ausblenden, solange der Geflüchtete sie nicht von sich aus vorträgt.

Offenkundig unklar

Im Zivilprozess wird der Beibringungsgrundsatz zwar dadurch relativiert, dass er nicht für offenkundige, insbesondere auch gerichtsbekannte Tatsachen gilt, die nicht erst ermittelt werden müssen. Aber auch, wenn diese Einschränkung in den Verwaltungsprozess übernommen wird, bleiben viele Fragen offen: Wenn eine Richterin etwa die Frage recherchiert, ob das Flüchtlingslager, in dem der yezidische Geflüchtete im Irak lebte, mittlerweile geschlossen wurde, wird die Information dadurch gerichtsbekannt? Oder nur dann, wenn sie rein zufällig oder in einem anderen Verfahren davon erfahren hat? Was ist die Konsequenz, wenn sie gezielt nach der Information sucht, obwohl sie „nicht durfte“? Ist das ein Verfahrensfehler, ein Verstoß gegen Beweislastgrundsätze? Ist das ein Grund für die Zulassung der Berufung? Müssen Richter dann heimlich nach Dienstschluss googeln? Und ist es dagegen völlig in Ordnung, wenn ein anderer Richter die Informationen, über die er nachweislich verfügt, nicht verwendet, weil die Beteiligten sie nicht selbst in den Prozess eingeführt haben?

Letztlich dürfte der Beibringungsgrundsatz im Asylrecht angesichts all dieser praktischen Schwierigkeiten jedenfalls nicht in einer restriktiven, mit dem Zivilprozess vergleichbaren Art und Weise umsetzbar sein. Ehe die Anwaltschaft beginnt, das Gericht in jedem Verfahren aufs Neue vorsorglich mit Länderberichten zu überhäufen, um sie zum Prozessstoff zu machen, muss man sich auch im Asylprozess darauf einigen, dass alle Tatsachen, die das Gericht dem Internet (inklusive aller üblichen Datenbanken und

online veröffentlichten Medienberichten) entnehmen kann, als gerichtsbekannt und damit offenkundig gelten. Entsprechendes nimmt jedenfalls auch der Bundesgerichtshof im Hinblick auf den Zivilprozess an, zuletzt in seinem Beschluss vom 27.01.2022 ([III ZR 195/20](#)). Bleibt also sowieso alles beim Alten?

Klassenunterschied im Verwaltungsrecht

Nein, denn in jedem Fall verschiebt sich der Maßstab richterlicher Arbeit. Die Amtsermittlung, also das selbstständige Sammeln, Abgleichen und Bewerten von Informationen, wird von der gesetzlichen Pflicht des Gerichts zum Privatvergnügen der einzelnen Richterin. Die jetzt schon umstrittene Abwägung zwischen Quantität und Qualität der Entscheidungen kippt zugunsten der Quantität. Schnelle und oberflächliche Arbeit, der „Schuss aus der Hüfte“ wird aufgewertet, die sorgfältige Prüfung aller Gesichtspunkte im Einzelfall dagegen entwertet. Der Beibringungsgrundsatz lässt sich damit insbesondere fruchtbar machen, um „übermotivierte“ Richter:innen unter Druck zu setzen, sie schlecht zu beurteilen oder sie gar als befangen darzustellen. All das droht, wenn eine eigenständige und gewissenhafte Ermittlung der relevanten Tatsachen keinen Indikator für gute richterliche Arbeit mehr bildet.

Damit stellt der Beibringungsgrundsatz im Asylprozess eine erhebliche Gefahr dar: sowohl für die richterliche Unabhängigkeit als auch für die Fortentwicklung der gerichtlichen Spruchpraxis. Schon heute lässt sich mit umfangreichen Asylurteilen „kein Blumentopf gewinnen“, weil das Asylrecht in der Richterschaft weniger hoch angesehen ist als das „allgemeine“ Verwaltungsrecht (wie etwa Baurecht oder Beamtenrecht). Die Beurteilung als minderwertiges Rechtsgebiet ist schon im Asylgesetz angelegt. Dies zeigt sich darin, dass ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils nicht als Grund für die Zulassung der Berufung ausreichen (§ 78 Abs. 3 Asyl, anders als in § 124 Abs. 2 VwGO). Oder darin, dass die Sperrzeit, nach deren Ablauf neu ernannte Richter:innen auf Probe erstmals als Einzelrichter tätig sein dürfen, für das Asylrecht von einem Jahr auf sechs Monate verkürzt wurde (§ 76 Abs. 5 AsylG im Vergleich zu § 6

Abs. 1 Satz 2 VwGO). Sie zeigt sich auch darin, dass Asylverhandlungen und -entscheidungen mitunter bei der dienstlichen Beurteilung der Richter:innen außer Betracht bleiben. Selbst der Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen beklagt [in seiner aktuellen Stellungnahme](#) zum Koalitionsvertrag einen Ansehensverlust der Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Fall, dass besondere Verwaltungsgerichte für Asylrechtssachen eingerichtet werden sollten.

Asylrecht aufwerten

Mit der Abschaffung des Amtsermittlungsgrundsatzes im Asylrecht würde diese Geringschätzung noch verstärkt. Damit verdient ganz offiziell jeder Hundesteuerfall mehr richterliche Aufmerksamkeit als das Schicksal von Menschen. Selbst wenn es also nicht so weit kommen dürfte, dass Asylrichter:innen sich aufgrund der Einführung des Beibringungsgrundsatzes dumm stellen müssen, so wird ihnen doch nahegelegt, dass sie sich zukünftig dumm stellen dürfen und es auch sollen, auch wenn dabei Menschen unter die Räder geraten. Doch das Asylrecht ist das Thema Nummer 1 der letzten zehn Jahre und dient wie kaum ein anderes Recht der Wahrung der Menschenwürde. Was es tatsächlich braucht und verdient, ist keine Herabwürdigung, sondern eine Aufwertung.

Eine konsequente Aufwertung, die der Bedeutung des Asylrechts gerecht wird, erreicht man nicht allein dadurch, dass die Vertreter:innen des BAMF in den Verfahren mehr Präsenz zeigen und mehr Entscheidungsspielraum erhalten, oder dadurch, dass das Personal des Bundesamtes und der Verwaltungsgerichte weiter aufgestockt wird – auch wenn beides wünschenswert wäre. Notwendig ist aber mehr als das, nämlich diesem Rechtsgebiet angepasste Strukturen und Qualitätsmaßstäbe. Ein Asylverfahren verlangt von den beteiligten Behörden und Gerichten besondere Kompetenzen, andere als in gewöhnlichen Verwaltungsverfahren. Diese Kompetenzen müssen gezielt gefördert werden, sowohl in der juristischen Ausbildung (ein Positivbeispiel ist hier, dass kürzlich ein Dublin-Verfahren im Staatsexamen abgeprüft wurde) als auch in Schulungen von Entscheider:innen. Sie müssen sensibilisiert werden für Themen wie

Rassismus, interkulturelle Kommunikation und Traumata und sich gezielt fortbilden können zu Herkunftsländern und der wechselvollen Gesetzgebung und Rechtsprechung der Europäischen Union. Auch Justizdolmetscher:innen sollten mittels Weiterbildungen und Zertifizierungen gestärkt werden, um eine qualitativ hochwertige Übersetzung der Asylanhörungen zu sichern.

Verwaltungsgerichte sollten zudem (wie in § 83 Abs. 1 AsylG vorgesehen, aber nur vereinzelt praktisch umgesetzt) besondere Asylkammern schaffen, um Richter:innen die Wahl zu lassen, ausschließlich Asylverfahren zu bearbeiten, nur einige oder auch gar keine. Das bietet sich insbesondere an für seltene Herkunftsländer, die ebenso viel Aufmerksamkeit benötigen wie Syrien oder Irak; sie aber aufgrund des geringen „Outputs“ nur selten bekommen. Anstelle der Schaffung spezieller Verwaltungsgerichte für Asylsachen – die wegen einer zu erwartenden Zentralisierung an einem Ort für Richter:innen unattraktiv wären – könnte man auch die Gründung einer eigenen Asylgerichtsbarkeit andenken, die wie die Sozialgerichte örtlich an die Verwaltungsgerichte angedockt, organisatorisch aber selbstständig wäre.

Auch wenn die Beschleunigung von Asylverfahren für alle Beteiligten ein wichtiges Anliegen ist, darf sie niemals auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit und des fairen Verfahrens gehen. Gute Rechtsprechung und Verwaltung zeichnen sich dadurch aus, dass diese Prinzipien Hand in Hand gehen, anstatt gegeneinander ausgespielt zu werden.

Teresa Fachinger

Gleiche Eltern, gleiche Rechte

Zur Verfassungswidrigkeit des Abstammungsrechts

doi: 10.59704/1b61a5ae5883472f



Die neue Bundesjustizministerin Stefanie Hubig hat [angekündigt](#), das Familienrecht weiter reformieren zu wollen. Meint sie dabei auch das Abstammungsrecht? Ein Entwurf des Koalitionsvertrags hatte im März 2025 eine entsprechende Reform und die Ermöglichung der Co-Mutterschaft – wie bereits derjenige der Ampelkoalition – noch vorgesehen ([Rn. 326f.](#)). Der letztlich beschlossene Koalitionsvertrag schweigt jedoch zum Abstammungsrecht und verspricht nur, sich bei Familienrechtsreformen „vom Wohl des Kindes“ leiten zu lassen ([Rn. 2904f.](#)). Dabei ist die Reform des Abstammungsrecht keine politische Gefälligkeit, sondern verfassungsrechtliche Pflicht.

Viele Wege führen nach Karlsruhe

In Karlsruhe wird man die Zurückhaltung der Regierung zerknirscht wahrgenommen haben. Denn beim Bundesverfassungsgericht liegen seit 2021 [fünf Vorlagen unterschiedlicher Gerichte und eine Verfassungsbeschwerde](#) (1 BvL 1/21, 1 BvL 2/21, 1 BvL 7/21, 1 BvL 2/22, 1 BvL 1/23, 1 BvR 2167/22), die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des gegenwärtigen Abstammungsrechts anmelden. Jeweils mit leicht divergierenden Sachverhalten drehen sich alle Verfahren um die oft als „Co-Mutterschaft“ betitelte Situation, in denen ein Kind gewünscht in eine Ehe zwischen zwei Frauen hineingeboren wird. Das Abstammungsrecht in seiner jetzigen Form wird dabei von den Gerichten in Teilen als verfassungswidrig angesehen (z.B. [hier](#) oder [hier](#)), da es zwei Frauen weder möglich ist, für ein in die Ehe geborenes Kind beide als Mütter eingetragen zu werden, noch, die Co-Mutter einfach anerkennen zu lassen.

Die Verfahren wurden erst gebündelt und dann auf die lange Richterbank geschoben – wohl in der

Hoffnung, der Gesetzgeber werde selbst einen Ausweg aus der Verfassungswidrigkeit aufzeigen. Trotz der überdurchschnittlichen Verfahrensdauer und einer [Verzögerungsrüge im Herbst 2024](#) ist bis heute keine Entscheidung ergangen. Der berichterstattende Richter Radtke sieht sich darüber hinaus mit einem Befangenheitsantrag der Verfassungsbeschwerdeführenden konfrontiert, da er [öffentlich angab](#), zur verfassungsmäßigen Zulässigkeit der Co-Mutterschaft erst nach Tätigwerden des Gesetzgebers entscheiden zu wollen. Wohlwollend betrachtet mag der Senat aus richterlicher Zurückhaltung auf eine Verabschiedung der großen Abstammungsreform durch die Ampelregierung gewartet haben, bevor er über die Verfahren entscheiden wollte. Vielleicht hat aber auch der EGMR die Reformdebatte gebremst, als er im November 2024 [in dem Fall R.F. und andere gegen Deutschland](#) keinen Handlungsbedarf feststellen konnte. Mit dem Bruch der Ampel-Regierung und den zurückhaltenden Reformbestrebungen der neuen Regierung ist es jedoch unwahrscheinlicher geworden, dass der Gesetzgeber das Abstammungsrecht neu regelt. Das hat scheinbar auch das Gericht erkannt und im März [verkündet](#), dass über die in einem Verfahren zusammengezogenen Rechtsfragen dieses Jahr noch entschieden werden soll.

Die aktuelle Rechtslage

Das Abstammungsrecht ist in den §§ 1591 ff. BGB geregelt und erkennt in den genannten Normen zwei Elternteile an. Primärer Ausgangspunkt der Abstammung ist gem. § 1591 BGB die unanfechtbare Mutterschaft der gebärenden Frau. Als zweiter Elternteil sieht das Gesetz lediglich einen Vater vor. Eine Vaterschaft wird nach § 1592 BGB anerkannt, wenn (1) der Mann

zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, (2) er die Vaterschaft anerkennt oder (3) die Vaterschaft gerichtlich festgestellt wird. Bei heterosexuellen Paaren lässt sich also die Rechtstellung des zweiten Elternteils (eben des Vaters) grundsätzlich einfach herbeiführen: durch die Ehe mit der Geburtsmutter oder die Anerkennung der Vaterschaft unter deren Zustimmung. Der Partner wird so ab Geburt Elternteil.

Befindet sich die Geburtsmutter jedoch zum Zeitpunkt der Geburt in einer Ehe mit einer anderen Frau, so wird diese nicht auf gleichem Wege zweiter Elternteil. Die Co-Mutter kann schon alleine aufgrund des Wortlautes „Vater“ nicht als Ehepartnerin gem. § 1592 Nr. 1 BGB Elternteil werden und auch eine analoge Anwendung lehnt die Rechtsprechung mehrheitlich ab (siehe [OLG Köln v. 26.03.2015, Az. 14 UF 181/14](#); [OLG Celle v. 24.03.2021, Az. 21 UF 146/20](#)). Auch besteht für die unverheiratete Partnerin, die als zweiter Elternteil rechtliche und soziale Verantwortung übernehmen will, nicht die Möglichkeit der einfachen Anerkennung – so wie sie einem Mann gem. § 1592 Nr. 2 BGB offen steht. Zwei verheirateten Frauen bleibt für eine gemeinsame Elternschaft eines in ihre Ehe geborenen Kindes daher lediglich die Möglichkeit einer Adoption. Gleiches gilt für unverheiratete Frauen. Das Adoptionsverfahren ist jedoch kostspielig, langwierig und stigmatisierend. Der Staat greift darüber hinaus unverhältnismäßig in die Privatsphäre der Beteiligten ein: Sie müssen ihre Eignung als Elternteil (inklusive Gesundheitszeugnis) sowie ihre finanziellen Verhältnisse vom Staat prüfen lassen (siehe u.a. [Standesamt Köln](#)) – ein Verfahren, das weder für Ehemänner, noch für Männer bei Anerkennung der Vaterschaft vorgesehen ist. Zusätzlich entsteht eine rechtliche Lücke: Während das Adoptionsverfahren läuft und der zweite Elternteil sich in der gesetzlich vorgeschriebenen „Probezeit“ (§ 1744 BGB) befindet, hat das Kind nur einen rechtlichen Elternteil. Das bedeutet, dass das Kind rechtlich schlechter abgesichert ist, die Geburtsmutter die alleinige Sorge trägt und der zweite Elternteil im Falle des plötzlichen Todes der Geburtsmutter kein automatisches Sorgerecht hätte.

Genetische Abstammung von der Mutter schon nicht ausschlaggebend

Eines der Hauptargumente für ein Festhalten an den bestehenden Regelungen ist vielfach, dass der gesetzgeberische Wille die Elternschaft qua „Abstammung“ ausschließlich an die genetische Verwandtschaft anknüpfen wollte (so der [BGH v. 10.10.2018, Az. XII ZB 231/18](#), Rn. 28). Bei eingehender Analyse und Auslegung der §§ 1591 ff. BGB hat diese Begründung jedoch keinen Bestand.

Die Mutterschaft in § 1591 BGB basiert weiterhin auf dem Grundsatz „*Mater semper certa est*“ ([Paulus Dig. 2, 4, 5](#); vgl. Wellenhofer, in: MüKo, § 1591 BGB, Rn. 3), der noch aus den Digesten stammt: Mutter ist demnach sicher die gebärende Frau. Damit knüpft die Mutterschaft zwar an das biologische Merkmal der Gebärfähigkeit an, jedoch gerade nicht an die biologische Verwandtschaft von Mutter und Kind. Zur Zeit des römischen Rechts mag die genetische Verwandtschaft der Frau mit dem Kind qua Geburt noch gegolten haben. Und auch wenn die biologische Abstammung des Kindes von der gebärenden Frau weiterhin der Regelfall bleibt, so ist dies doch in Zeiten von Eizellenspende und Leihmutterschaft nicht mehr eindeutig abzuleiten. Die biologische (Co-)Mutter kann derzeit bspw. nach Eizellenspende nicht als Mutter ihres durch die Ehefrau ausgetragenen Kindes in die Geburtsurkunde eingetragen werden (erneut [OLG Köln](#)). Dieses nun mögliche Auseinanderfallen zwischen austragender und genetisch verwandter Mutter hat der Gesetzgeber erkannt und daher mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 festgelegt, dass die Mutterschaft an den Geburtsvorgang anknüpft ([BT Drs. 13/8511](#), S. 69). So wird bereits nach § 1591 BGB die Mutterschaft nicht zwingend durch die genetische Verwandtschaft bestimmt.

Sozial-familiäre Bindung statt biologischer Verwandtschaft

Auch aus den Regelungen zur Vaterschaft lässt sich nicht ableiten, dass die rechtliche Elternschaft nur bei biologischer Verwandtschaft möglich sei. Die erste Zuweisungsmöglichkeit der rechtlichen Vaterschaft im

deutschen Zivilrecht speist sich ebenfalls aus dem römischen Recht: „*Pater vero est, quem nuptiae demonstrant*“ oder auch: „Vater ist, wen die Ehe als solche anzeigt“ (Paulus Dig. 2, 4, 5; vgl. Wellenhofer, in: MüKo, § 1591 BGB, Rn. 3). Der Mann also, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist, wird aufgrund § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Vater. Die rechtliche Elternschaft des Vaters wird in diesem Falle demnach durch die Ehe vermittelt – eine biologische Verbindung zwischen Kind und Vater ist gerade nicht konstituierend für die Vaterschaft. Die Rechtsprechung nimmt jedoch weiterhin an, dass „ausgehend von der in Deutschland geltenden Vorstellung der Monogamie“ (nicht öffentlich einsehbarer Beschluss des AG Köln vom 19.12.2024, Az. 312 F 238/24) ein in eine Ehe geborenes Kind zwingend vom Vater biologisch abstammt. Da wundert es nicht, dass aus benannter Norm die Notwendigkeit biologischer Verwandtschaft für die rechtliche Elternschaft abgeleitet wird. Die Möglichkeiten nicht-monogamer Ehen oder auch künstlicher Befruchtung bei heterosexuellen Paaren werden bei diesem strikten Verständnis jedoch ignoriert. Häufig mag der während der Geburt mit der Mutter verheiratete Ehemann auch zugleich biologisch mit dem Kind verwandt sein, gesichert ist dies aber in keinem Falle. Das Paar könnte sich auch erst kennengelernt und geheiratet haben, als die Ehefrau bereits schwanger war. Der Ehemann zum Zeitpunkt der Geburt wäre in all den Fällen nicht der biologische Vater. Dem deutschen Abstammungsrecht ist das grundsätzlich egal und das zu Recht. Das Gesetz macht den Mann zum Vater, der elterliche Verantwortung übernimmt und eine sozial-familiären Bindung zum Kind hat – und das ist im Zweifel der Ehemann der Mutter.

Die Gewährleistung einer sozialen und personalen Anbindung an ein Elternteil begründen auch die Regelungen hinsichtlich der Samenspende in §§ 1600 Abs. 4, 1600d Abs. 4 BGB. Die Anfechtung der Vaterschaft ist bei künstlicher Befruchtung ausgeschlossen, wenn im ersten Falle das Kind mit Einwilligung der Mutter und des Mannes durch Samenspende gezeugt wurde und im zweiten Falle, wenn die Samen im Einklang mit dem Samenspenderegistergesetz zur

Verfügung gestellt wurden. Auch hier soll dem Kind eine Rechtstellung und damit eine soziale Bindung im Verhältnis zum sozial-familiären Vater gesichert werden. Dem Kindeswohl sei, so die Gesetzesbegründung zu § 1600d Abs. 4 BGB (BT Drs. 18/11291, S. 35) am besten gedient, wenn der „intendierte Vater“ auch die rechtliche Elternstellung erhalte.

Neben der rechtlichen Vaterschaft kraft Ehe kann ein Mann die Vaterschaft auch gem. § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen. Völlig unabhängig von biologischer Abstammung kann der Partner der Mutter, der also weder Erzeuger im biologischen Sinn ist, noch sonst die Schwangerschaft mit initiiert hat, seine Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkennen. Es ist doch ein offensichtlicher Wertungswiderspruch, dass die Vaterschaft als einfache Willenserklärung der Beteiligten ohne jegliche Überprüfung anerkannt werden kann, während gleichgeschlechtliche Paare bei gleichem Willen hinsichtlich der Übernahme elterlicher Fürsorge sich durch ein kostspieliges und langwieriges Adoptionsverfahren begeben müssen, in dem der Staat anlasslos in ihre Familien- und Privatsphäre eingreift.

Ein weiteres Argument gegen die biologische Interpretation von Elternschaft ergibt sich mit Blick auf das Selbstbestimmungsgesetz aus dem Jahre 2024, das es vereinfacht, die Geschlechtsidentität an den Eintrag anzupassen. Auch hier wird zwischen der biologischen Anknüpfung an die Abstammung (§§ 1591, 1592 Nr. 3 BGB) einerseits und den Möglichkeiten der Elternschaft kraft Willensakt (§§ 1592 Nr. 1, 2 BGB) andererseits differenziert. § 11 SBGG legt fest, dass das eingetragene Geschlecht des:der Ehepartner:in zum Zeitpunkt der Geburt maßgeblich ist, außer der Eintrag zum Zeitpunkt vor der Geburt wurde durch Erklärung als maßgeblich festgelegt. Ein als biologische Frau geborener, aber im Personenstandsregister eingetragener Mann wird somit ebenfalls gem. § 1592 Nr. 1 BGB als Ehemann der Geburtsmutter Vater – völlig unabhängig von der biologischen Abstammung.

Notwendigkeit einer Abstammungsrechtsreform

Man könnte erwägen, die Elternschaft der Co-Mutter zumindest behelfsmäßig über eine analoge Anwen-

dung des § 1592 Nr. 1 BGB zu begründen. Eine planwidrige Regelungslücke ließe sich angesichts der 2017 eingeführten „Ehe für alle“ durchaus begründen und auch eine vergleichbare Interessenlage zwischen verheirateten Co-Müttern und Vätern, deren biologische Elternschaft ausgeschlossen ist, ist naheliegend. Der strukturellen Problematik, dass das Abstammungsrecht nur Mutter und Vater als Eltern anerkennt, wäre mit einer analogen Anwendung jedoch nicht geholfen – die §§ 1591 ff. BGB würden weiterhin keine gemeinsame Elternschaft zweier Mütter anerkennen. Und auch die mit der Sache befassten Gerichte haben dem Bundesverfassungsgericht die Abstammungsregeln vorgelegt, anstatt das Abstammungsrecht durch Analogie verfassungskonform weiterzuentwickeln.

Es ist unverkennbar, dass das deutsche Abstammungsrecht bei der Anerkennung der rechtlichen Elternschaft zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren unterscheidet, obwohl eine Abstammung qua biologischer Verwandtschaft kein Leitgedanke der §§ 1591 ff. BGB ist. Diese Ungleichbehandlung greift in die Grundrechte von Personen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ein, im Übrigen ebenso in die Grundrechte von nicht-binären Personen sowie den betroffenen Kindern. Verfassungsimmanente gleichrangige Güter, die die Eingriffe rechtfertigen könnten, sind grundsätzlich nicht ersichtlich, sodass die Untätigkeit des Gesetzgebers zu einer Grundrechtsverletzung führt. Betroffen ist das Recht des Kindes auf elterliche Pflege und Erziehung gem. Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG und sein Recht auf Gleichbehandlung gegenüber Kindern heterosexueller Ehen gem. Art. 3 Abs. 1, 3 GG. Auch das Recht der Familie als Ganze aus Art. 6 Abs. 1 GG und das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind durch den Ausschluss eines Elternteils von der Elternschaft ab Geburt verletzt. Die Grundrechtsverletzung ist auch nicht etwa deshalb von Anfang an ausgeschlossen, weil die Möglichkeit der Adoption besteht, um in die Elternstellung zu gelangen (wie es das AG Köln 2024 behauptet). Vielmehr ist keine Rechtfertigung für die eklatant unterschiedlichen Voraussetzungen erkennbar, mit denen hetero- und homosexuelle

Paare ihre Elternstellung begründen. Auch dem staatlichen Eingriff in das Familien- und Privatleben der homosexuellen Paare und deren Kindern durch die Adoption fehlt es seinerseits an einer Rechtfertigung.

Das Bundesverfassungsgericht hat erst 2024 wieder **betont**, dass sich die Zuordnung rechtlicher Elternschaft am Kindeswohl orientieren muss (1 BvR 2017/21, Rn. 40 f). Es ist an der Zeit, dass Karlsruhe im Abstammungsrecht tätig wird, denn auch hier geht es ganz wesentlich um das Kindeswohl. Zugleich bleibt eine Reform des Abstammungsrechtes, die den heutigen familiären Verhältnissen gerecht wird und die rechtlichen Maßstäbe klarstellt, dringend geboten und sollte nicht weiter aufgeschoben werden – zum Wohle der Eltern und der Kinder.

Susanne Beck, Maximilian Nussbaum

„Lügen“ über das „Lüge-Verbot“?

Was der Koalitionsvertrag zu Desinformation sagt und was das mit dem Strafrecht zu tun hat

doi: 10.59704/6d4e3110792a4fc1



Glaubt man der [BILD](#), der [Berliner Zeitung](#) oder dem [Spiegel](#), steht uns unter der neuen Regierung ein „Lüge-Verbot“ ins Haus. Das wird aus einer Stelle im [Koalitionsvertrag](#) (S. 123) mit der Überschrift „Umgang mit Desinformation“ geschlussfolgert: „Die bewusste Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen ist durch die Meinungsfreiheit nicht gedeckt. Deshalb muss die staatsferne Medienaufsicht unter Wahrung der Meinungsfreiheit auf der Basis klarer gesetzlicher Vorgaben gegen Informationsmanipulation sowie Hass und Hetze vorgehen können.“

Diese Passage ist vor allem eines: vage. Was sie hingegen eher nicht ist, ist das Versprechen eines gesetzlichen „Lüge-Verbot“ oder gar eine neue, bislang unbekannten Einschränkung der Meinungsfreiheit. Hinter der Debatte verbirgt sich vielmehr ein grundlegendes Spannungsverhältnis: Wie kann der Staat gezielte Falschinformation bekämpfen, ohne die Meinungsfreiheit zu gefährden? Der Passus aus dem Koalitionsvertrag und die mediale Reaktion darauf geben daher Anlass, sich genauer mit dem Phänomen der Desinformation auseinanderzusetzen. Es geht dabei um ihre Funktionsweise, die Folgen, den verfassungsrechtlichen Rahmen und die Rolle des Strafrechts bei ihrer Bekämpfung.

Meinungsvielfalt oder Realitätsvielfalt?

Schon eine kurze Recherche liefert unzählige Beispiele für *Fake News*, gezielte Desinformation und ihre teils gravierenden gesellschaftlichen Auswirkungen. Ebenso bedenklich ist, dass solche Recherchen heute fast ausschließlich im Netz stattfinden und damit grundsätzlich anfällig für Manipulation sind. Zwar ist das Verhältnis von Wahrheit und Macht, Propaganda und

politischer Herrschaft gut erforscht, doch all das Wissen darüber scheint uns kaum zu helfen, uns als demokratische Gesellschaft im Wettbewerb um die Deutungshoheit zu behaupten.

Das zeigt sich an einem besonders dramatischen [Fall](#) aus dem Sommer 2024: Kurz nach der Tötung dreier Kinder in Southport, UK, verbreitete sich auf X und in Telegram-Kanälen rasch das (falsche) Gerücht, der Täter sei ein muslimischer Asylbewerber gewesen. Die Lüge fiel auf fruchtbaren Boden: In den folgenden Tagen kam es zu Unruhen und Angriffen auf Flüchtlingsheime. Dass all dies auf einer gezielt gestreuten Falschmeldung beruhte, macht die Geschehnisse besonders verwerflich. Zugleich bleibt unbestritten, dass die Gewalt gegen Unschuldige das zentrale Problem ist.

Desinformation kann weitreichende Folgen haben. Politische Debatten verändern sich, wenn keine gemeinsame Faktenbasis mehr besteht. Die für demokratische Gesellschaften essenziellen Aushandlungsprozesse geraten ins Stocken, sobald der Minimalkonsens über Tatsachen brüchig wird. Dabei darf nicht übersehen werden, dass Meinungen und Tatsachen nicht immer leicht zu differenzieren sind, wissenschaftliche Erkenntnisse ständiger Veränderung unterliegen und Irrtümer menschlich sind. Und doch scheint – soweit im postfaktischen Zeitalter überhaupt noch möglich – eine gewisse Einigkeit darüber zu bestehen, dass insbesondere in sozialen Medien kaum noch von „Meinungsvielfalt“ im demokratischen Sinne die Rede sein kann. Stattdessen ist eine demokratiegefährdende Realitätsvielfalt entstanden, die das Fundament gemeinschaftlicher Verständigung untergräbt.

Desinformation ist längst nicht mehr nur unerwünschter Nebeneffekt der Digitalisierung, sondern ein gezielt eingesetztes Mittel zur bewussten Destabilisierung demokratischer Ordnungen. Eine Flut von *Fake News* untergräbt das Vertrauen in Institutionen und Medien. Probleme entstehen aber nicht nur durch eindeutig falsche Informationen, sondern auch durch verzerrte Darstellungen, Auslassungen oder die selektive Betonung bestimmter Perspektiven.

Ein anschauliches Beispiel bieten gerade die Reaktionen auf den Koalitionsvertrag: Ein angebliches „Lügenverbot“ klingt greifbarer als das komplexe „Vorgehen gegen Informationsmanipulation“, ein vermeintliches „Wahrheitsministerium“ erzeugt mehr Schlagzeilen als der Hinweis, dass der Vertrag ausdrücklich die „Wahrung der Meinungsfreiheit“ betont. Die Debatte dreht sich daher oft weniger um die Frage, ob eine Behauptung nachweisbar wahr oder falsch ist – das eigentliche Problem liegt regelmäßig in der Entkontextualisierung oder anderweitig **verzerrten Darstellung**.

(Nichts) Neues zur Meinungsfreiheit und Lüge

Im Koalitionsvertrag heißt es, „[d]ie bewusste Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen“ falle nicht unter den Schutz der Meinungsfreiheit. Wem der Satz gar nicht so neu vorkommt, erinnert sich vielleicht an eine ähnliche Formulierung des **Bundesverfassungsgerichts** (BVerfG):

„Infolgedessen endet der Schutz von Tatsachenbehauptungen erst dort, wo sie zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut. Das Bundesverfassungsgericht geht deswegen in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß die bewußt oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfaßt wird.“ (vgl. BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8])

Der Unterschied zwischen Meinung und Tatsachenbehauptung ist jedoch oft schwer zu fassen, weshalb

Kritiker*innen befürchten, dass durch staatliche Definitionen von „unwahren“ Aussagen die Meinungsfreiheit erheblich eingeschränkt werden könnte. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass die Behauptung von Tatsachen, „unabhängig von ihrer Güte, Richtigkeit, Wahrheit [oder] Rationalität“¹, in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des **BVerfG**, das jedoch zugleich darauf hinweist, dass die Anforderungen an eine Ausnahme vom Schutzbereich hoch sind, um befürchtete *chilling-effects* zu vermeiden.

Besonders konkret sind auch die sonstigen Aussagen des Koalitionsvertrags zu der Reichweite der geplanten Einschränkung nicht, etwa die erwähnte Notwendigkeit der Umsetzung des *Digital Services Act* (DSA) auf nationaler Ebene, was u.a. darauf abzielen soll, Plattformbetreiber*innen zur Verantwortung zu ziehen. Ebenso wenig wird erläutert, wie der „Wettbewerb um die Wahrheit“ gewonnen werden kann – oder vielmehr: der Wettbewerb darum, die Realität aus der Perspektive der Demokratieerhaltung wahrzunehmen und zu bewerten. Kann das Recht hierzu etwas beitragen? Insbesondere das Strafrecht?

Bestehende strafrechtliche „Lüge-Verbote“

Das Behaupten und (wissentliche) Verbreiten von falschen Tatsachen ist jedenfalls derzeit durch das geltende Strafrecht nur themenspezifisch und fragmentarisch erfasst. Wer einer anderen Person falsch Ehrenrühriges unterstellt, kann sich nach den §§ 186 f. StGB – bei der Unterstellung von Straftaten auch nach §§ 146d, 164 StGB – strafbar machen. Wer Lügen nutzt, um Hass gegen bestimmte Gruppen zu säen, mag den § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB erfüllen. Das StGB kennt also durchaus Formen von „Lüge-Verboten“, nur geht es stets um den Schutz bestimmter Rechtsgüter: die persönliche Ehre, die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden oder den öffentlichen Rechtsfrieden bzw. die Rechtsgüter verhetzter Gruppenangehöriger.

Die Lüge ist das Mittel der Tat, nie die Tat als solche. Eine vergleichbare Struktur zeigt sich auch bei anderen Delikten, die nicht das Desinformationsphänomen erfassen, wie die Aussagedelikte, §§ 153 ff.

¹ Steinbach, JZ 2017, 653, 661.

StGB, oder der Betrug, § 263 StGB. Ein allgemeines strafrechtliches Verbot der Lüge gibt es (mit besten Gründen) nicht. Eine Ausnahme bildet allenfalls das Verbot der sog. Ausschwitz-Lüge in § 130 Abs. 3 StGB. *De lege lata* besteht also jedenfalls **kein umfassender strafrechtlicher Schutz** vor bewusster Informationsmanipulation.

(Un-)denkbare Strafrechtsexpansionen

Angenommen, der Gesetzgeber erwägt in dieser Legislatur auch das strafrechtliche Instrumentarium, um der Behauptung und Verbreitung falscher Tatsachen beizukommen – wie könnten solche Maßnahmen aussehen?

Zunächst gilt weiterhin: Das Strafrecht darf kein allgemeines „Lüge-Verbot“ etablieren. Soares verweist in diesem Zusammenhang auf die sog. deontologische Schranke der Kriminalisierung und warnt vor der Illegitimität eines direkten Wahrheitsschutzes.² Denn wenn das Strafrecht allein der Wahrheit als solcher Geltung verschaffen soll, ohne dass damit ein weiteres Rechtsgut geschützt wird, schließt sich unweigerlich die Frage an, wer über diese Wahrheit entscheidet.³ Ein solcher Ansatz würde die staatliche Instanz zur Wahrheitsermittlung erheblich aufwerten – ein Szenario, das von Soares unter dem Schlagwort des *ministry of truth* verhandelt wird. Wer die Wahrheit schützt, schützt damit also auch das staatliche Wahrheitsnarrativ. Dieses bleibt jedoch in einer demokratischen Gesellschaft immer vorläufig und hypothetisch und darf nicht durch den Strafrechtsschutz als endgültig festgelegt werden.⁴

Prinzipiell denkbar bleibt aber der Ausbau strafrechtlicher Reaktionsspielräume durch „indirekte Lüge-Verbote“, sei es durch minimalinvasive Anpassungen oder durch umfassendere Reformen. Zum ersteren zählt etwa der **Vorschlag**, § 126 StGB, die Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten, auszuweiten. Geschützt wird durch die Norm das kollektive Sicherheitsempfinden, bislang aber eben nur gegenüber der Androhung von Straftaten, nicht aber durch die gezielte Verbreitung von

Falschinformation über z.B. eine Naturkatastrophe oder einen militärischen Überfall.

In ähnlicher Weise ließe sich der Volksverhetzungstatbestand, § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB, erweitern. Derzeit besteht eine Strafbarkeitslücke, wenn ein „zum Hass Aufstacheln“ an **vermeintlich neutralen Aussagen** scheitert, die den Anschein objektiver Fakten erwecken. Beispielhaft sind Falschbehauptungen hinsichtlich der statistisch erfassten – und angeblich steigenden – „Flüchtlingskriminalität“.

Geht es nicht um gruppen- sondern individuenbezogene *Fake News*, ließe sich auch über eine Anpassung des Ehrschutzes, geregelt in §§ 186 f. StGB, nachdenken. Derzeit setzt die Strafbarkeit voraus, dass die falsche Tatsache ehrenrührig ist, was überwiegend normativ bestimmt wird. Ehrenrührig ist, was nicht der Rechtsordnung entspricht. Wer also Renate Künast anlässlich der Vergewaltigung und Tötung einer Studentin durch einen Flüchtling **in den Mund legt**, „der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm aber jetzt trotzdem helfen“, der verbreitet eine Tatsache, die Künast ein humanes, verfassungstreues Strafrechtsverständnis unterstellt. Ehrenrührig? Nach überwiegender Auffassung nicht. Der Hate Storm, der über sie hereingebrochen ist? Enorm. Die faktische Ehrverletzung ist also erheblich und sollte unter bestimmten Voraussetzungen von den §§ 186 f. StGB erfasst werden.

Strafbare Beeinflussung der politischen Meinung und des Wähler*innenwillens?

Man sollte sich allerdings nicht allzu hoffnungsvoll darauf verlassen, dass der Gesetzgeber sich mit Überlegungen zu derartigem *Finetuning* begnügt; jedenfalls dann nicht, wenn man Zeichenleserei am Koalitionsvertrag betreiben will. Schließlich heißt es auf Seite 123 auch: „Gezielte Einflussnahme auf Wahlen sowie inzwischen alltägliche Desinformation und Fake News sind ernste Bedrohungen für unsere Demokratie, ihre Institutionen und den gesellschaftlichen Zusammenhalt.“

² Soares, in: Strafrecht und Demokratie, Baden-Baden 2023, S. 179, 182 ff.

³ Ebd.

Das klingt – sollte es auch um Strafrecht gehen – nach einem ambitionierten Reformansatz. Ein solcher könnte der Schutz der politischen Meinungsbildung, vielleicht verstärkt vor Wahlen, sein. Im derzeitigen deutschen Wahlstrafrecht findet sich nichts dergleichen. Eine Strafbarkeit wegen Wähler*innentäuschung, § 108a StGB, muss nur fürchten, wer bewirkt, dass jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt, also etwa wer vor einer Wahl ein Bild eines vermeintlichen AfD-Plakats mit der Aufschrift „Wahlbetrug verhindern, Stimmzettel unterschreiben“ verbreitet. Nicht erfasst ist hingegen, den Wähler*innenwillen zu beeinflussen und eine Art Motivirrtum zu verursachen.

Anders sieht es jenseits der Landesgrenzen aus: In Österreich stellt der § 264 öStGB die Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung unter Strafe, wenn die Nachricht „zu einer Zeit verbreitet [wird], da eine Gegenäußerung nicht mehr wirksam verbreitet werden kann“. Entscheidend ist, dass die Falschnachricht geeignet ist, „die Ausübung des Wahl- oder Stimmrechts in einem bestimmten Sinn zu veranlassen“. Wann diese Eignungsklausel erfüllt sein soll, bleibt aber unklar. Ein Blick auf die österreichischen Verurteilungsstatistiken der letzten Jahre legen nahe, dass der Tatbestand kaum bis keine praktische Relevanz hat (2017/2018: null Verurteilungen; 2019/2020: eine Verurteilung; 2021/2022: null Verurteilungen). Dennoch wird von einigen Stimmen in der deutschen Strafrechtswissenschaft die Einführung eines ähnlichen Tatbestandes befürwortet.⁴

Abgesehen davon, dass ein solcher Tatbestand wohl auch in Deutschland wenig praktische Bedeutung hätte und eher symbolischer Natur bliebe, stellt sich jedenfalls die Frage, ob der Wähler*innenwille tatsächlich durch einzelne Falschnachrichten beeinflussbar ist oder ob sie nur einen „minimalen Beitrag“ zum postfaktischen Diskursklima leisten. Die Strafwürdigkeit eines solchen Beitrags lässt sich deshalb

ebenso bezweifeln wie die Effizienz einer solchen Lösung. Zugleich sei an dieser Stelle angemerkt, dass im Fall künstlicher Vervielfältigung, etwas durch den Einsatz von *Social Bots*, aufgrund des geringeren Gewährleistungsgehalts der Meinungsfreiheit, möglicherweise etwas anderes gelten mag.

Nochmals: Das BVerfG und die bewusste Lüge

All diese Überlegungen zu neuen oder modifizierten Straftatbeständen sollten stets unter besonderer Berücksichtigung der Meinungsfreiheit erfolgen. Maßgeblich sind dafür insbesondere die vom BVerfG gezogenen Linien: Strafbar sollte nur die Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen im sicheren Wissen um ihre Falschheit sein. Denn gerade das digitale Umfeld begünstigt die ungeprüfte Weiterverbreitung durch gutgläubige Dritte, was schon jetzt mit Blick auf § 186 StGB problematisch ist.⁵ Von einer Ausgestaltung neuer Tatbestände, die Eventualvorsatz hinsichtlich der Falschheit oder gar keinen Vorsatz – nicht einmal Fahrlässigkeit – diesbezüglich verlangen, sollte Abstand genommen werden. Stattdessen wäre der ohnehin weite § 186 StGB (verfassungskonform) einzuschränken. Ob es den Strafverfolgungsbehörden jedoch gelingen wird, die bewusst lügenden Urheber*innen zu erreichen, bleibt schon jetzt fraglich. Wer in Zeiten wachsender Realitätsvielfalt die Rettung im Strafrecht sucht, dürfte also enttäuscht werden.

Immerhin verweist der Koalitionsvertrag (S. 67) auch auf außer(-straf-)rechtliche Alternativen: „Wir stärken digitale Kompetenzen, um allen Menschen gesellschaftliche Teilhabe zu ermöglichen und unsere Demokratie resilienter gegen Desinformation und Manipulation zu machen.“ Derartige Strategien könnten durchaus einen wertvollen Beitrag zur Lösung des Problems leisten – auf konkrete Vorschläge darf man gespannt sein.

⁴ Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, Berlin 2022, S. 233 f.; Schreiber, Strafbarkeit politischer Fake News, Berlin 2022, S. 293; neben anderen Schutzrichtungen auch in den Vorschlägen von Schünemann, GA 2019, 620, 639; Preuß, Fake News, Baden-Baden 2021, S. 178; Kolpin, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, Berlin 2023, S. 761.

⁵ Hoven, ZStW 2017, 718, 725 ff.; Lammich, S. 163 ff.; Schreiber, S. 180 ff.

Heiko Meiertöns

Endlich mehr Strategiefähigkeit in der Außen- und Sicherheitspolitik



Der Nationale Sicherheitsrat im Koalitionsvertrag

doi: 10.59704/3684b2ffe2acdca9

Nun also doch: Nachdem die Schaffung eines Nationalen Sicherheitsrates seit schon fast 70 Jahren diskutiert wird, soll Deutschland gemäß dem [Koalitionsvertrag 2025 von CDU/CSU und SPD](#) nun einen solchen erhalten. Die Diskussion lässt sich bis zur Wiederbewaffnungsdebatte der 1950er Jahre zurückverfolgen.¹ Problematisch ist dabei, dass Kritiker und Befürworter im Diskurs bisher sehr unterschiedliche Vorstellungen davon zu Grunde legten, was unter einem Nationalen Sicherheitsrat im Einzelnen zu verstehen sein soll.² Auch im Koalitionsvertrag sind Rolle und Funktion der neuen Institution nur unscharf umrissen, weswegen viele staatsorganisationsrechtliche Fragen offen bleiben. So muss etwa noch die Kompetenz, das Verhältnis zu bestehenden Institutionen und die Verortung des Personalbestandes eines Nationalen Sicherheitsrates geklärt werden. Vor dessen Schaffung sind somit noch politische Grundsatzentscheidungen zur gewollten politischen Hervorhebung und Funktion erforderlich.

Vom Bundessicherheitsrat zum Nationalen Sicherheitsrat

In einer [Grundsatzrede vor der Körperstiftung](#) am 23.1.2025, noch als Kanzlerkandidat, hat *Friedrich Merz* die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates angekündigt, dem die mit innerer und äußerer Sicherheit befassten Minister der Bundesregierung und Vertreter der wichtigsten Sicherheitsbehörden angehören sollen. Dieser soll „Dreh- und Angelpunkt für die kollektive politische Entscheidungsfindung der

Bundesregierung in allen wesentlichen Fragen der Außen-, Sicherheits-, Entwicklungs- und Europapolitik“ werden. Dies stärkt in jedem Fall den Bundeskanzler und das Bundeskanzleramt.

Erstmals seit 1966 gehören Bundeskanzler und Außenminister der gleichen Partei an, womit das sonst gegen einen Nationalen Sicherheitsrat vorgebrachte Argument, eine damit einhergehende Kompetenzverschiebung [scheitere an Koalitionsregierungen](#), aktuell nicht verfängt. Die Einrichtung eines dem Bundeskanzler zugeordneten Nationalen Sicherheitsrats bedeutet aber eine grundlegende Neuorganisation der horizontalen Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, die über eine Legislaturperiode hinausgehen soll. Unter der Überschrift „Kohärenz im Außenhandeln“ (Zeile 3989) sieht der Koalitionsvertrag vor: „Wir entwickeln den Bundessicherheitsrat, im Rahmen des Ressortprinzips, zu einem Nationalen Sicherheitsrat im Bundeskanzleramt weiter.“ (Zeile 3990-3991). Wie das im Einzelnen aussehen soll, erfordert einige Auslegung.

Der [bestehende Bundessicherheitsrat](#) ist ein Kabinettsausschuss mit [eigener Geschäftsordnung](#), der regulär aus neun Ministern und dem Bundeskanzler als Vorsitzendem besteht. Insofern ist dieser selbst gar nicht „im Bundeskanzleramt“ verortet, sondern lediglich dessen Geschäftsstelle, [aktuell im Referat 232](#). Gemeint ist daher mit „im Bundeskanzleramt“ wohl eher der administrative Unterbau eines solchen Kabinettsausschusses Nationaler Sicherheitsrat. Letzt-

¹ H. Ehmke, *Militärischer Oberbefehl und Parlamentarische Kontrolle*, in: ZfP 1954, S. 337-356 (353).

² H. Meiertöns, *Ein Nationaler Sicherheitsrat für Deutschland ?*, in: GSZ 2023, S.19-24.

endlich handelt es sich also um zwei miteinander verbundene Institutionen, nämlich den Nationalen Sicherheitsrat als Kabinettsausschuss und dessen personellen und administrativen Unterbau, wohl mit einem Nationalen Sicherheitsberater als Leitung. Ähnlich stellt sich auch der von *Peter Neumann* vom King's College London [gemachte Vorschlag für die Struktur](#) eines Nationalen Sicherheitsrates dar.

Die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates als Kabinettsausschuss steht der Bundesregierung im Rahmen ihres Selbstorganisationsrechts zu. Gegenüber dem Kabinett als Kollegialorgan kann ein solcher Ausschuss aber nur eine vorbereitende und beratende Funktion ohne eigenes Entscheidungsrecht haben ([BVerfGE 137, 185 <137>](#)). Die bisherigen Aufgaben des weitestgehend im Bereich der Rüstungskontrolle nach Art. 26 II GG tätigen Bundessicherheitsrat³ können ggf. einem zutreffender bezeichneten „Bundesrüstungskontrollrat“ zugewiesen werden, um den Nationalen Sicherheitsrat für grundsätzliche, strategische und krisenbezogene Themen freizuhalten.

Ressortprinzip aus Art. 65 S. 2 GG als Grenze

Nur das Ressortprinzip aus Art. 65 S. 2 GG, wonach jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbstständig und unter eigener Verantwortung leitet, setzt dem Bundeskabinett als zentralem politischen Führungsorgan Grenzen. Daraus folgt unmittelbar, dass das Kabinett nur Planungen zwischen den verschiedenen Ressorts koordinieren, aber nicht im Wege eines Selbsteintritts Fachaufgaben eines Ressorts übernehmen kann. Zur Aufgabenbeschreibung des Nationalen Sicherheitsrates wird im Koalitionsvertrag ausgeführt: „Er soll die wesentlichen Fragen einer integrierten Sicherheitspolitik koordinieren, Strategieentwicklung und strategische Vorausschau leisten, eine gemeinsame Lagebewertung vornehmen und somit das Gremium der gemeinsamen politischen Willensbildung sein“ (Zeilen 3992-3994). Mit dem Begriff „integrierte Sicherheitspolitik“ wird zudem ein Schlüsselbegriff der [Nationalen Sicherheitsstrategie](#) der bisherigen Bundesregierung vom 14.6.2023 beibehalten. Damit wird zugleich deutlich,

wie weit der [Sicherheitsbegriff](#) verstanden wird, der dem Aufgabenzuschnitt des Nationalen Sicherheitsrates wohl zu Grunde gelegt werden soll.

Dem Bundeskanzler kommt aus Art. 65 S. 1 GG zweifellos eine Leitungs- und Moderationsfunktion innerhalb der Bundesregierung zu und damit auch die politisch-strategische Gesamtplanung. Deshalb wäre eine entsprechende Verlagerung der Erarbeitung gesamtkoordinierender Dokumente – wie der Nationalen Sicherheitsstrategie – auch kompetenzgerecht, während die Federführung für diese bisher im Auswärtigen Amt, genauer im [Referat 201](#) (Grundsatzfragen der Verteidigungs- und Sicherheitspolitik) lag. Wichtig ist hierbei anzuerkennen, dass es weniger um eine Kompetenzverschiebung, sondern vielmehr um die Füllung einer bisher bestehenden Leerstelle im Kompetenzgefüge der Bundesregierung geht. Bisher besteht ein strategisch-konzeptionelles Defizit in der deutschen Außen- und Sicherheitspolitik. Es bleibt abzuwarten, ob aufgrund der aktuellen Ressortverteilung innerhalb der Koalitionsregierung der Widerstand gegen einen Nationalen Sicherheitsrat aus dem Auswärtigen Amt – wie bei früheren Versuchen ([1998](#), [2008](#) und [2023](#)), einen Nationalen Sicherheitsrat einzurichten – ausbleibt oder in Obstruktionspolitik umschlägt.

Aufgrund der Ressortfreiheit des Kabinetts kann einem Nationalen Sicherheitsrat als Kabinettsausschuss selbst aber kein eigener Personalbestand als Unterbau zugeordnet werden. Es gibt aber mehrere verfassungskonforme Möglichkeiten, den personellen und administrativen Unterbau eines Nationalen Sicherheitsrates zu verankern.

Organisatorische Zuordnung der Verwaltung des Nationalen Sicherheitsrates

Für den administrativen Unterbau eines Nationalen Sicherheitsrates, der Aufgaben der strategischen Planung und Vorausschau übernehmen soll, kommen organisatorisch und rechtlich „kleine“ und „große“ Lösungen in Betracht. Die Enquete-Kommission „Lehren aus Afghanistan“, die in ihrem [Abschlussbe-](#)

³ K. Zähle, *Der Bundessicherheitsrat*, in: *Der Staat* 2005, S. 462-482 (467-468) m.w.N..

richt vom 27.1.2025 auch die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates empfahl (S. 25), hat sich eingehend mit hierzu bestehenden Alternativen beschäftigt und mehrere Gutachten dazu eingeholt. Größere Lösungen wären entweder ein Nationaler Sicherheitsberater als politischer Beauftragter, ähnlich dem Bundesbeauftragten für Kultur und Medien (BKM), oder als direkt dem Bundeskanzler unterstehende Behörde unter Leitung eines politischen Beamten, wie das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung. Zu dessen Einordnung heißt es in einem *Organisationserlass des Bundeskanzlers von 1977*: „Das Presse- und Informationsamt unter Leitung eines Staatssekretärs untersteht dem Bundeskanzler unmittelbar.“ Auch wenn die letztere Lösung als oberste Bundesbehörde im Organisationsgefüge der Bundesregierung eigentlich naheliegend wäre, scheinen diese beiden „großen Lösungen“ mit der Einordnung im Koalitionsvertrag als „im Bundeskanzleramt“ (Zeile 3991) nicht gemeint zu sein, es sei denn man legt diese Formulierung als lediglich beschränkt auf die Dienstaufsicht aus.

Bei einer Einordnung in die Regelorganisation des Bundeskanzleramtes als „kleine Lösungen“ stellt sich dagegen die Frage nach Ebene und Größe. Ein eher als Geschäftsstelle ausgelegtes Referat, als kleinste Lösung, dürfte nicht der Bedeutung entsprechen, welche die Koalitionspartner der Institution beimessen wollen. Dagegen erzeugt eine Zuordnung auf Abteilungsebene innerhalb des Bundeskanzleramtes ein Spannungsverhältnis zum bisher in der Presse häufig als „Nationaler Sicherheitsberater“ bezeichneten Abteilungsleiter 2 für Außen-, Sicherheits- und Entwicklungspolitik. Bisher ist nur klar, dass der zunächst vorgesehene Arbeitsstab im Kanzleramt für die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates direkt dem Büroleiter des Bundeskanzlers zugeordnet werden soll.

Nationaler Krisenstab und Nationales Lagezentrum

Im engen Zusammenhang mit dem Nationalen Sicherheitsrat, genau darauffolgend, sieht der Koalitionsvertrag 2025 die Einrichtung von zwei weiteren Institutio-

nen vor, nämlich einen „Nationalen Krisenstab“ und ein „Nationales Lagezentrum“ (Zeilen 3995-3997: „Für eine ganzheitliche Bewältigung von Krisen braucht Deutschland einen Bund-Länder- und ressortübergreifenden Nationalen Krisenstab der Bundesregierung und ein Nationales Lagezentrum im Bundeskanzleramt, in dem ressortübergreifend ein Gesamtlagebild zusammengefügt wird.“). Inwieweit diese mit dem Nationalen Sicherheitsrat zusammenhängen sollen oder sie dem zugeordnet werden sollen, geht daraus nicht hervor. Nur die Bezeichnung „national“ legt einen Zusammenhang nahe.

Ein Lagezentrum und ein Krisenstab erfüllen zwei sehr unterschiedliche Funktionen, für deren Schaffung sehr unterschiedliche rechtliche Anforderungen bestehen. Für beide gilt: Potenzielle Kompetenzkonflikte mit bestehenden Institutionen können rechtlich vermieden werden, wenn sie nicht lediglich redundant bestehende Zuständigkeiten duplizieren, sondern dazu dienen, eine bisher bestehende Kompetenzlücke zu schließen. Ein Lagezentrum, das verschiedene Informationen, wie Endprodukte der Nachrichtendienste des Bundes und andere Lagebilder als eine Art „Meta-Auswertung“ zusammenführt, besteht so bisher nicht.

Die Krisenkompetenz des sog. „Sicherheitskabinetts“ als Teil des Bundeskabinetts könnte einem Nationalen Sicherheitsrat als Kabinettsausschuss zukommen. Mit „Krisenkabinett“ ist bisher ein informelles ad-hoc Abstimmungsgremium gemeint, das unter Vorsitz des Bundeskanzlers und Beteiligung der jeweils erforderlichen Minister Einschätzungen zu drängenden Sicherheitsfragen trifft.⁴ Dennoch wäre die Nutzung eines solchen neuen Gremiums als Krisenreaktionsstab funktionell völlig anders gelagert und rechtlich komplizierter als eine Institution, die sich mit grundsätzlichen strategischen Themen und politisch-strategischer Kohärenz befasst. Dies würde sogar die weitreichende Funktion des US-National Security Council übersteigen, der selbst keine Gefahrenabwehraufgaben im Wege einer „Durchgriffskompetenz“ übernimmt.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, was unter dem „Nationalen Krisenstab“ zu verstehen sein

⁴ V. Busse, *Änderungen der Organisation der Bundesregierung*, in: DÖV 2003, 407-413 (412).

soll und wie dieser mit dem Nationalen Sicherheitsrat zusammenhängt. Es ist unmöglich, die Funktion eines Krisenstabes generell auf jedwede Form von Krise zu beziehen. Einen Nationalen Sicherheitsrat hierfür als **universelle Off-the-shelf-Lösung** anzusehen, liefe von vornherein auf eine strukturelle Überforderung hinaus. Es verkennt zudem die hochkomplexe Regelungslage und Vielfalt vorhandener Krisenstäbe von Polizei und Katastrophenschutz, wie z.B. dem **Havariekommando**. Möglich ist hingegen ein bloßes Nachverfolgen der Lage in einer Suprastruktur, um die Bundesregierung – genauer den Nationalen Sicherheitsrat – informiert zu halten, um von dort ggf. Handeln weiterer Behörden zu initiieren.

Eine operative „Durchgriffskompetenz“ stieße aber nicht nur horizontal an die Grenzen des Ressortprinzips (s.o.), sondern berührt auch vertikal die Grenzen des Föderalismusprinzips mit der Regelvermutung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung durch die Länder (Art. 30 GG). Umgekehrt kann den Ländern durch Entsendung von Verbindungsreferenten keine Mitsprache in Verwaltungskompetenzen eingeräumt werden, die dem Bund vorbehalten sind, etwa den Auswärtigen Angelegenheiten (Art. 87 I GG) und der Verteidigung (Art. 87 a I GG). Daher sind verschiedene und flexible Formate erforderlich. Anderenfalls wird statt zunehmender Kohärenz ein gegenteiliger Effekt von Inkohärenz erzeugt.

Der potenzielle Mehrwert eines Nationalen Sicherheitsrates wird von Praktikern, wie z.B. im **GKND-Gesprächskreis Nachrichtendienste in Deutschland**, daher auch weniger in einer unmittelbaren Krisenabwehrkompetenz gesehen. Vielmehr bestünde der Nutzen darin, dass kontinuierlich Analyseergebnissen an politische Entscheidungsträger auf Kabinettsebene herangetragen werden. Damit kann mehr Raum für strategische Überlegungen geschaffen werden. Dafür bleibt in der vom Tagesgeschäft bestimmten wöchentlichen Nachrichtendienstlichen Lage (ND-Lage) eher keine Zeit.

Keine überhöhten Erwartungen an einen Nationalen Sicherheitsrat

Völlig zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass die bloße Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates **allein noch nicht genügt**, um Defizite in der strategischen Vorausschau zu beheben. Institutionen können Entscheidungsprozesse befördern, mangelnden politischen Willen ersetzen können sie jedoch nicht. Frei von verfassungsrechtlichen Erwägungen **ersonnene Konzepte**, die einen Nationalen Sicherheitsrat geradezu als „Allheilmittel“ und Universalinstitution ansehen, sind eher dazu geeignet, Trugbilder von Lösungskompetenz zu erzeugen und falsche Erwartungen zu wecken, als tatsächlich dienlich zu sein.

Bei dem aus dem Fernsehen bekanntem, vertäfeltem Raum mit Monitoren an der Wand, dem White House Situation Room im Untergeschoss unter dem Westflügel,⁵ handelt es sich lediglich um einen Besprechungsraum, der nicht mit dem darin gelegentlich tagendem National Security Council verwechselt werden darf. Sich von einem Nationalen Sicherheitsrat im deutschen Verfassungskontext einen vergleichbaren Effekt **zu erwarten**, wie vom US-amerikanischen **National Security Council als „Superministerium“** einer Präsidialverwaltung, verkennt die deutsche Verfassungsrealität. Ressortprinzip, parlamentarische Mitwirkungsrechte und Föderalismus setzen dem Grenzen. Soll es nicht nur darum gehen, schöne Bilder zu produzieren, die Krisenbewältigung suggerieren, sondern tatsächliche strategische Krisenkompetenz zu gewinnen, muss dies berücksichtigt werden.

Eher basale **„Aufbauanleitungen“**, wie sie seitens des Interessenverbandes Allianz für Sicherheit in der Wirtschaft e. V. (ASW Bundesverband) publiziert wurden, benötigt die in Staatsorganisation und Behördenaufbau versierte Bundesregierung für die Einrichtung eines Nationalen Sicherheitsrates sicherlich nicht. Was aber erforderlich ist, sind grundsätzliche Entscheidungen zum genauen Aufgabenzuschnitt und zur Verortung der Institution.

⁵ B. Rhodes, *Im Weißen Haus*, München: C.H.Beck 2019, S. 71.

Jan-Erik Schirmer

Erfolgreich gescheitert

Warum Großemittenten grundsätzlich für Klimaschäden haften können

doi: 10.59704/73b2660908154f99



Einer der spektakulärsten Klimahaftungsprozesse hat ein ebenso spektakuläres Ende gefunden: Das OLG Hamm hat die Klimaklage gegen RWE [abgewiesen](#) – und gleichzeitig klargestellt, dass Großemittenten grundsätzlich für Klimaschäden zivilrechtlich haftbar gemacht werden können. Das Urteil dürfte damit auf einen Fall von „success without victory“ hinauslaufen: Obwohl es kurzfristig eine Niederlage für den Kläger bedeutet, hält es für künftige Klimahaftungsklagen wertvolle Lektionen bereit.

Der Fall

Seit 2015 klagt Luciano Lliuya gegen die RWE AG auf anteiligen Kostenersatz für Schutzmaßnahmen an seinem Grundstück. Er befürchtet, sein unterhalb eines Anden-Gletschers gelegenes Haus könnte durch eine Flutwelle – eine sog. Glacial Lake Outburst Flood (GLOF) – überschwemmt werden. Schuld daran seien Klimawandel und Gletscherschmelze, die RWE durch das Emittieren von Treibhausgasen mitverursacht habe. Seinen Anspruch stützt Lliuya dabei auf eine Kombination aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag: Da sein Eigentum beeinträchtigt zu werden drohe, müsse sich RWE – als (mit)verantwortliche Störerin – zumindest an den Kosten der Schutzmaßnahmen beteiligen.

Nachdem 2017 das [LG Essen die Klage abgewiesen hatte](#), ging nun auch die [Berufung vor dem OLG Hamm verloren](#). Sie scheiterte an einem Detail: Zwar kommt nach Ansicht des Gerichts der Anspruch durchaus in Betracht, Lliuyas Grundstück sei aber nicht ausreichend von Überflutung bedroht.

Damit hat der hierzulande wohl prominenteste Klimahaftungsprozess sein Ende gefunden. Weil das

OLG Hamm die Revision zum BGH nicht zugelassen hat (und wegen des geringen Streitwerts eine Nichtzulassungsbeschwerde von vornherein ausscheidet), ist die Entscheidung rechtskräftig. Was ist von ihr zu halten?

Die Entscheidung

Die Entscheidungsgründe gliedern sich in zwei Teile. Im ersten Teil legt das Gericht ausführlich dar, warum der vom Kläger begehrte Kostenersatzanspruch schlüssig ist, also – vorausgesetzt die behaupteten Tatsachen sind dargelegt und bewiesen – grundsätzlich bestehen könnte (S. 32–91). Im zweiten Teil wendet sich das Gericht dann verstärkt der konkreten Fallkonstellation zu und kommt zu dem Ergebnis, dass dem Kläger der Nachweis nicht gelungen ist. (S. 91 ff.).

Zur Haftung von Großemittenten für Klimaschäden

Der erste Teil der Entscheidung ist spektakulär. Erstmals begründet ein deutsches Obergericht, dass Großemittenten für Klimaschäden haftbar gemacht werden können. Dabei stützt sich das OLG Hamm auf [Vorarbeiten in der Literatur](#) und weist überzeugend nahezu alle Einwände zurück, die gegen eine Klimahaftung erhoben werden. Aus Platzgründen skizziere ich hier nur drei besonders wichtige Punkte:

Adäquate Kausalität ist möglich

Gegen eine Klimahaftung wird häufig vorgebracht, es fehle schon an der Kausalität. Auch RWE argumentierte so: Selbst wenn der vom Kläger vorgebrachte Emissionsbeitrag – [0,38 % der globalen Gesamtemissionen](#) – zuträfe, sei er so gering, dass er keinen Einfluss auf das behauptete Überflutungsrisiko habe. Jedenfalls fehle es aber an der Adäquanz: Weder hätten RWEs

Emissionen das Risiko erheblich erhöht, noch sei es für RWE vorhersehbar gewesen. All das weist das OLG Hamm mit erfreulicher Klarheit zurück: **Ausnahmslos jede Emission**, egal wo und von wem sie ausgestoßen wird, sei kausal, weil jede Emission geringfügig zum Klimawandel beiträgt und so auch das vom Kläger behauptete klimabedingte Überflutungsrisiko entsprechend erhöht. RWEs Emissionen hinweggedacht, wäre das Überflutungsrisiko also geringfügig niedriger (S. 46 f.). Zudem ist laut OLG Hamm RWEs Emissionsbeitrag auch erheblich, weil es hierfür nicht auf den absoluten Anteil an den Gesamtemissionen ankomme, sondern auf eine relative Gegenüberstellung mit anderen Emissionsbeiträgen – und hier rage **RWE als einer der weltweit größten Einzelemittenten** deutlich heraus (S. 51 ff.). Und schließlich hätte für Energieproduzenten wie RWE spätestens **Mitte der 1960er Jahre** klar sein müssen, dass das Emittieren von Treibhausgasen zum Klimawandel führt – denn in diesem Zeitraum waren die Mahnungen aus der Wissenschaft nicht mehr zu überhören (S. 49 ff.).

Kein „jeder gegen jeden“

Daran anschließend weist das OLG Hamm einen zweiten häufig angeführten Einwand zurück. Eine Klimahaftung führe auch nicht zu einem „jeder gegen jeden“, wo etwa jede Autofahrerin Haftung befürchten müsse: Weil das Filterkriterium der Adäquanz eben nur erhebliche Emissionsbeiträge hindurchlasse und es hierfür auf eine relative Perspektive ankomme, geraten nur weit überdurchschnittliche Emissionsbeiträge auf den Haftungsradar – eben solche von Großemittenten wie RWE, nicht aber von Privatleuten oder Landwirtschaftsbetrieben (S. 63 f.).

Keine pauschale Legalisierung durch öffentliches Recht

Schließlich wendet sich das OLG Hamm auch überzeugend gegen den sog. **Legalisierungseinwand**: RWE hatte vorgetragen, schon deshalb nicht haften zu müssen, weil der Kraftwerksbetrieb sich im Rahmen des öffentlich-rechtlich Erlaubten bewege – insbesondere im Einklang mit dem Emissionshandelsregime des TEHG. Dies ist nach Ansicht des Gerichts ein doppelter Kurzschluss: Erstens ließe sich aus den rele-

vanten öffentlich-rechtlichen Regelungsregimen schon keine vollumfängliche Legalisierung der Emissionstätigkeit ableiten. Zweitens könne öffentlich-rechtlich legales Verhalten durchaus privatrechtlich pflichtwidrig sein. Denn wie der **BGH mehrfach bestätigt hat**, gilt der Grundsatz der „Autonomie der privatrechtlichen Sorgfaltspflichten“, das heißt das Privatrecht kann zwecks Individualschutz über das abstrakte Schutzniveau des öffentlichen Rechts hinausgehen – und tut das auch häufig (S. 79 f.).

Warum Lliuyas Klage trotzdem gescheitert ist

Großemittenten wie RWE können laut OLG Hamm also durchaus für Klimaschäden haftbar sein. Dass Lliuyas Klage dennoch scheitert, liegt an einem winzigen Detail: Wie eingangs ausgeführt, basiert Lliuyas anteiliger Kostenersatzanspruch auf dem Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach kann der Eigentümer von dem Störer nur dann Unterlassung (geschweige denn Kostenersatz) verlangen, wenn eine Beeinträchtigung seines Eigentums droht. Um letzteres zu ermitteln, hatte das OLG Hamm zwei Sachverständige **mit umfassenden Gutachten beauftragt**. Sie taxierten die Wahrscheinlichkeit, dass in den nächsten 30 Jahren eine GLOF das klägerische Grundstück trifft, auf unter ein Prozent. Zudem sei die erwartete Intensität überschaubar, da Lliuyas Grundstück allenfalls 20 Zentimeter hoch überschwemmt werden würde (S. 101 ff., 108 f.).

Zweifelhafte Sachverständigengutachten

Diese Analyse ist jedoch nicht zweifelsfrei. Denn die Sachverständigen wählen eine ungewöhnlich restriktive Perspektive: Zum einen betrachten sie nur Gletscherabbrüche und Eislawinen als mögliche Auslöserereignisse für eine GLOF (S. 101 ff.). Felsstürze werden ausgeklammert – **obwohl ihre Einbeziehung wissenschaftlichen Standards entspricht und sie in den Anden durchaus vorkommen**. Just am Tag der Urteilsverkündung ist auch ein **Schweizer Bergdorf** unter einem Felssturz begraben worden. Dass ausgerechnet die klägernahe Gletscherlagune in den letzten Jahren davon verschont blieb, könnte also eher glücklicher Zufall als lokale Besonderheit sein.

Zum anderen spielen die Gutachter den Einfluss des Klimawandels herunter. Um zu ermitteln, mit welcher Wahrscheinlichkeit das klägerische Grundstück in den kommenden 30 Jahren von einer GLOF getroffen wird, stützen sie sich auf mehrjährige Datenreihen zu lokalen Gletscherabbrüchen und Eislawinen (S. 104 f). Besagte einprozentige Wahrscheinlichkeit kommt also zustande, weil Erkenntnisse aus der Vergangenheit unverändert in die Zukunft übertragen werden. Auch das liegt über Kreuz mit wissenschaftlichen Standards. Der [Weltklimarat IPCC](#) geht davon aus, dass sich in Hochgebirgsregionen (und auch speziell in den Anden) die Eintrittswahrscheinlichkeit von GLOF-Auslöserereignissen erhöhen wird; insbesondere wird damit gerechnet, dass durch das Abtauen des Permafrosts Gletscher und Berge instabiler und große Felsstürze wahrscheinlicher werden. Ein vom Kläger beauftragter Privatgutachter hatte deshalb eine [um einen „Klimafaktor“ erhöhte Eintrittswahrscheinlichkeit](#) angeregt – was aber von den gerichtlichen Sachverständigen zurückgewiesen wurde, weil es an „ortskonkreten Daten“ zur Permafrostverteilung fehlen soll (S. 128).

Einseitige Beweiswürdigung

Das OLG Hamm hat sich davon nicht beirren lassen und ist „seinem“ Sachverständigen vollumfänglich gefolgt. Das ist nicht unproblematisch: Kommt ein Privatgutachter zu abweichenden Ergebnissen als der gerichtlich bestellte Sachverständige, „ist vom Tatrichter besondere Sorgfalt gefordert“; um den Grundsatz rechtlichen Gehörs zu wahren, muss das Gericht [laut BGH](#) eine „einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung“ liefern, warum es dem Sachverständigen trotz der Einwendungen des Privatgutachters folgt.

Zwar wird man dem OLG Hamm kaum vorwerfen können, dass es sich nicht ausführlich mit den verschiedenen Sichtweisen auseinandergesetzt hat (vgl. S. 114 ff.). Aber warum es insbesondere den vom Privatgutachter vorgeschlagenen „Klimafaktor“ verwirft, erscheint schwer nachvollziehbar – zumal dies den Erkenntnissen des IPCC widerspricht, also der zentralen wissenschaftlichen Autorität in Klimafragen. Wenn die fehlenden „ortskonkreten Daten“ der Grund

dafür sind, hätte es nahegelegen, diese Daten am konkreten Gletscher zu erheben. Dass das OLG Hamm hier nicht auf eine Ergänzung des Gutachtens nach § 412 Abs. 1 ZPO hinwirkte (oder die Unstimmigkeiten durch ein sog. Obergutachten auflöste), [könnte einen Ermessensfehler darstellen](#).

Fragwürdige Auslegung von § 1004 BGB

Neben der zweifelhaften Beweiswürdigung bietet die Klageabweisung des OLG Hamm aber auch materiellrechtliche Angriffspunkte. Das Gericht ist der Auffassung, dass das sachverständig ermittelte GLOF-Risiko – ein Prozent Eintrittswahrscheinlichkeit in den nächsten 30 Jahren bei erwarteter 20 Zentimeter hoher Überschwemmung – für eine drohende Beeinträchtigung nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ausreiche (S.110 ff.). Auch das ist aus mehreren Gründen fragwürdig.

Erstens dürfte das OLG Hamm die Anforderungen an die Höhe der Eintrittswahrscheinlichkeit überspannt haben. Zwar legt sich das Gericht nicht fest, welche Eintrittswahrscheinlichkeit exakt erforderlich ist. Allerdings soll jedenfalls eine nur einprozentige nicht ausreichen (S. 112). Andernorts klingt es so, als wäre sogar eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 5% nötig (S. 127). Beide Schwellenwerte sind ungewöhnlich hoch: Obwohl andere Zivilgerichte bislang nicht explizit auf Eintrittswahrscheinlichkeiten abgestellt haben, haben sie doch vielfach implizit sehr geringe Wahrscheinlichkeiten ausreichen lassen. So bejahte etwa das [OLG Stuttgart](#) eine drohende Beeinträchtigung durch eine verwitternde Tuffsteinmauer, obwohl diese über 150 Jahre lang sicher gestanden und selbst Straßenvibrationen getrotzt hatte. Ebenso verurteilte das [OLG Karlsruhe](#) einen Reptilienhalter zur Unterlassung, weil „die Gefahr eines Entweichens nicht völlig ausgeschlossen werden [kann].“ Dass selbst Eintrittswahrscheinlichkeiten im Promillebereich genügen können, zeigt die Parallelrechtsprechung zu Verkehrspflichten: Obwohl etwa [Mineralwasserflaschen](#) extrem selten platzen, müssen Hersteller entsprechende Sicherungsmaßnahmen ergreifen. Dass diese Rechtsprechungslinie laut OLG Hamm mit dem

hiesigen Fall „nicht im Ansatz vergleichbar“ sein soll (S. 113), überzeugt nicht.

Demgegenüber wird eine drohende Beeinträchtigung typischerweise erst dann verneint, wenn ihr Eintritt praktisch ausgeschlossen ist. So war es im berühmten [BGH-Fall zur Silvesterrakete](#), die zunächst senkrecht nach oben aufstieg, dann plötzlich seitwärts abdriftete und durch einen kleinen Spalt in eine Scheune eindrang. Der BGH verneinte einen Unterlassungsanspruch bei Raketenstart mit dem Argument, dass der nachfolgende Geschehensablauf „letztlich als zufallsabhängig“ erscheine – mit anderen Worten: weil die Wahrscheinlichkeit, dass die Rakete exakt diese Flugbahn durch den Scheunenspalt nimmt, anders als bei Mauerkollaps, Reptilienausbruch, Flaschenexplosion und eben GLOF im niedrigen Millionstelbereich gelegen haben dürfte.

Zweitens scheint das OLG Hamm die Intensität der drohenden GLOF unterschätzt zu haben. Trifft die GLOF mit 20 Zentimeter Höhe Lliuyas Grundstück, ist das nicht mit einem vollgelaufenen Keller vergleichbar, wie der [Vorsitzende in der mündlichen Verhandlung suggerierte](#) (vgl. auch S. 112). GLOFs fließen mit hoher Geschwindigkeit und reißen vieles mit sich – genau das macht sie so gefährlich. In gängigen GLOF-Klassifikationen führen deshalb schon [Durchflusshöhen von 20 Zentimetern](#) (bei entsprechender Fließgeschwindigkeit) typischerweise zu einem mittleren GLOF-Risiko – was bedeutet, dass Menschen in Außenbereichen verletzt und Gebäude beschädigt werden können. Hierzulande würden Elementarversicherungen auf diese Klassifikation mit [höheren Prämien](#) reagieren; auch der [Marktwert des Grundstücks](#) dürfte sinken. Ist es vor diesem Hintergrund wirklich überzeugend, in dem Lliuya treffenden GLOF-Risiko keine ernsthaft drohende Beeinträchtigung zu sehen?

Fazit: Erfolgreich gescheitert

Unabhängig von diesen Detailfragen ist ein genereller Aspekt noch wichtiger: Unmittelbar nach der Urteilsverkündung ließ [RWE verlauten](#), dass mit der Klageabweisung der Versuch des Klägers gescheitert sei, „einen Präzedenzfall zu schaffen, um nach deutschem Recht einzelne Unternehmen für Auswirkungen

des Klimawandels weltweit verantwortlich zu machen.“ Das könnte unzutreffender nicht sein. Denn das OLG Hamm erteilte gerade nicht generell der Klimahaftung eine Absage, im Gegenteil: „Die Zurückweisung der Berufung beruht auf einer umfangreichen und komplexen Würdigung der erhobenen Beweise und stellt somit eine Einzelfallentscheidung dar“ (S. 138). Lliuya scheiterte, wie vor ihm schon andere Klimakläger gescheitert waren, durch *death by detail*. Aber Details können sich ändern. Hätte nicht Lliuya geklagt, sondern ein Nachbar mit einem flussnäheren Grundstück, hätten die Sachverständigen (trotz ihrer fragwürdigen Methode) das GLOF-Risiko wahrscheinlich deutlich höher bewertet (vgl. S. 104 ff.). Entsprechendes dürfte für Klimabetroffene in anderen Weltregionen gelten, insbesondere [Küstenbewohner mit steigenden Meeresspiegeln vor der Haustür](#).

Für alle diese Klimabetroffenen gilt weiterhin, was das OLG Hamm unmissverständlich klargestellt hat: Grundsätzlich können Großemittenten nach deutschem Zivilrecht für Klimaschäden haftbar sein. Mittlerweile sehen das auch immer mehr Stimmen in der Literatur so. Wie häufig im Rahmen strategischer Prozessführung, könnte sich das Urteil damit als ein Fall von *success without victory* erweisen: Mag es auch kurzfristig eine Niederlage für Lliuya bedeuten, für künftige Klimahaftungsklagen hält es wertvolle Lektionen bereit.

Oliver Geden, Alexander Proelß

Netto, neutral, egal?

Zum Verhältnis von Klimawissenschaft und Klimapolitik im Recht

doi: 10.59704/5c35a92f1ed56ad9



Am 22. März 2025 hat der verfassungsändernde Gesetzgeber [beschlossen](#), einen neuen Art. 143h in das Grundgesetz (GG) einzufügen. Die Norm berechtigt den Bund dazu, Sondervermögen u.a. „für zusätzliche Investitionen zur Erreichung der Klimaneutralität bis zum Jahr 2045“ zu errichten.

Abgesehen von der Frage, ob der Alt-Bundestag die Verfassungsänderung noch vor der Konstituierung des neugewählten Bundestages beschließen durfte (dazu u.a. [hier](#) und [hier](#)), wurde vor allem darüber diskutiert, ob der neue Art. 143h ein Staatsziel „Klimaneutralität bis zum Jahr 2045“ in das Grundgesetz einfügt. Dieser Frage wollen wir uns in dem vorliegenden Beitrag nur am Rande widmen. Vielmehr nehmen wir die „Klimaneutralität“ im neuen Art. 143h GG zum Anlass, um zu reflektieren, ob zentrale klimapolitische Konzepte vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung wissenschaftlich sinnvoll zur Anwendung gebracht wurden. Damit geht es uns letztlich um die Frage, welche Bedeutung dem Konzept der Klimaneutralität im Recht zugewiesen wird und werden sollte – also um das Verhältnis von Klimawissenschaft und Klimapolitik im Recht.

Staatsziel „Klimaneutralität“?

Eine verfassungsrechtliche Staatszielbestimmung verpflichtet die staatliche Gewalt dazu, Maßnahmen zu ergreifen, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, weist den Bürgerinnen und Bürgern aber keine individuellen Rechte zu. Ein Beispiel bildet Art. 20a GG, wonach „[d]er Staat [...] auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende

Gewalt und die Rechtsprechung [schützt].“ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Bestimmung wiederholt als Staatszielbestimmung bezeichnet ([hier](#), Rn. 172 und 304, und [hier](#), Rn. 289). Im [Klimaschutzbeschluss](#) vom März 2021 ging das BVerfG noch einen Schritt weiter und stellte Folgendes fest (Rn. 199):

„Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz [...] [und] zielt [...] im Kern auf die Einhaltung einer Temperaturschwelle, bei der die durch Menschen verursachte Erwärmung der Erde angehalten werden soll. [...] Sind die verfassungsrechtlichen Grenzen der weiteren Erderwärmung erreicht, verpflichtet das verfassungsrechtliche Klimaschutzgebot dazu, Treibhausgasemissionen auf ein für die Treibhausgaskonzentration in der Erdatmosphäre neutrales Maß zu begrenzen (vgl. auch § 1 Satz 3 und § 2 Nr. 9 KSG). Insofern zielt Art. 20a GG auch auf die Herstellung von Klimaneutralität.“

Formuliert dann aber auch der neue Art. 145h Abs. 1 GG ein Staatsziel, wenn er sich auf die Erreichung der Klimaneutralität bis zum Jahr 2045 bezieht? Dies ist in der Debatte vereinzelt so erwogen worden ([hier](#), S. 20). Jedoch belegt der Wortlaut der neu in das GG eingefügten Norm, dass der Bund zwar ein Sondervermögen mit Kreditermächtigung schaffen kann, aber nicht schaffen muss. Abs. 1 S. 1 lautet wie folgt:

„Der Bund kann ein Sondervermögen mit eigener Kreditermächtigung für zusätzliche Investitionen in die Infrastruktur und für zusätzliche Investitionen zur Erreichung der Klimaneutralität bis zum

Jahr 2045 mit einem Volumen von bis zu 500 Milliarden Euro errichten.“

Insofern ermächtigt Art. 145h Abs. 1 S. 1 GG den Bund zur Schaffung eines Sondervermögens, statuiert jedoch keine objektive Handlungspflicht, wie sie für eine Staatszielbestimmung charakteristisch wäre. Zudem ist die mit der GG-Änderung neu geschaffene Befugnis zweckgebunden; sie darf nur „für zusätzliche Investitionen in die Infrastruktur und für zusätzliche Investitionen zur Erreichung der Klimaneutralität bis zum Jahr 2045“, zumal nur „mit einem Volumen von bis zu 500 Milliarden Euro“, aktiviert werden. Treffend hat [Mathias Honer](#) deshalb von einer „verbindliche[n] Zweckbindung eines für sich genommen wiederum fakultativen Sondervermögens“ gesprochen.

Bei alledem dürfte die Diskussion um den potentiellen Staatszielcharakter der Bezugnahme auf die Klimaneutralität in Art. 145h Abs. 1 GG ohnehin überbewertet sein. Denn letztlich ergibt sich ein solches Staatsziel nach Ansicht des BVerfG bereits aus Art. 20a GG: Klimaneutralität sei durch das Staatsziel Klimaschutz „verfassungsrechtlich aufgegeben“ (Rn. 255), weshalb die klimapolitischen Festlegungen „für die weitere Zukunft [...] einen Reduktionspfad weisen [müssen], der unter Wahrung des verbleibenden Emissionsbudgets zur Klimaneutralität führt“ (Rn. 255). Klimaneutralität ist damit – jedenfalls nach Auffassung des BVerfG – Bestandteil des Staatsziels Klimaschutz.

Zum Begriff der „Klimaneutralität“

Problematisch an dieser Zielsetzung ist jedoch – und darum geht es uns hier in erster Linie –, dass der neu in das GG aufgenommene Begriff der Klimaneutralität durch terminologische und konzeptionelle Unschärfen gekennzeichnet ist. Dieser Befund ist kein akademisches Glasperlenspiel. Wenn sich die staatliche Gewalt an einem normativen Konzept ausrichtet, dessen Gehalt unklar ist, besteht die Gefahr, dass die nationalen Klimaschutzziele infolge unterschiedlicher impliziter Annahmen unterlaufen oder aber verabsolutiert werden könnten.

Die Zielrichtung unserer Kritik lässt sich an der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des nach BVerfG

bestehenden Staatsziels der Klimaneutralität in [§ 3 Abs. 2 KSG](#) veranschaulichen. Nach dieser Vorschrift werden „[b]is zum Jahr 2045 [...] die Treibhausgasemissionen so weit gemindert, dass Netto-Treibhausgasneutralität erreicht wird.“ Aus „Klimaneutralität“ wird im KSG also „Netto-Treibhausgasneutralität“. In der Tat werden diese Begriffe häufig synonym verwendet. „Netto-Treibhausgasneutralität“ geht indes schon ganz grundlegend fehl: „Brutto-Treibhausgasneutralität“ existiert nicht einmal hypothetisch, und mit „netto“ ist dasselbe gemeint wie mit „Neutralität“ bzw. „Neutralisierung“. Wenn die Legaldefinition des [§ 2 Nr. 9 KSG](#) den Begriff „Netto-Treibhausgasneutralität“ definiert als „Gleichgewicht zwischen den anthropogenen Emissionen von Treibhausgasen aus Quellen und dem Abbau solcher Gase durch Senken“, ist dies identisch mit dem Ziel der „Klimaneutralität“. Warum der Gesetzgeber diesen Begriff im KSG dann nicht verwendet hat, bleibt sein Geheimnis.

Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens von Paris spricht denn auch nicht von „Neutralität“, sondern zielt nach der – nicht authentischen – [deutschen Sprachfassung](#) lediglich darauf ab, dass die Vertragsparteien Treibhausgasreduktionen vornehmen, „um in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts ein Gleichgewicht zwischen den anthropogenen Emissionen von Treibhausgasen aus Quellen und dem Abbau solcher Gase durch Senken [...] herzustellen.“ Senken beschreiben dabei Prozesse zur Entnahme von CO₂ aus der Atmosphäre (für andere Treibhausgase existiert dergleichen noch nicht). Dass verbleibende (residuale) Treibhausgasemissionen durch Senken auszugleichen sind, ist auf allen Rechtsebenen unstrittig. So müssen nach der supranationalen Zielsetzung von Art. 2 Abs. 1 des [Europäischen Klimagesetzes](#) (EKG) „[d]ie unionsweiten im Unionsrecht geregelten Treibhausgasemissionen und deren Abbau [...] in der Union bis spätestens 2050 ausgeglichen sein, sodass die Emissionen bis zu diesem Zeitpunkt auf netto null reduziert sind.“ Dabei spricht der Unionsgesetzgeber in dieser Vorschrift seinerseits gerade nicht von „Netto-Treibhausgasneutralität“, sondern von einer Reduktion der unionsrechtlich geregelten Treibhausgasemissionen auf „netto null“. Auch das Intergovernmental Panel on

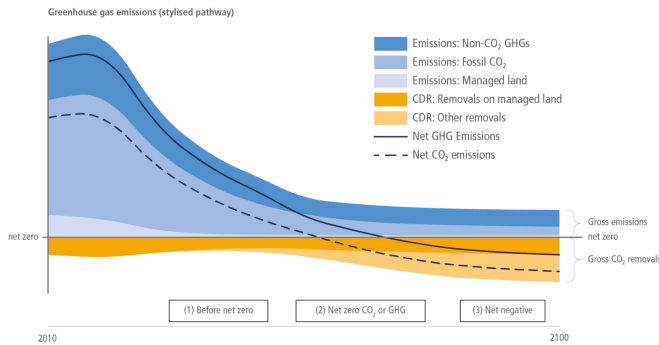
Climate Change (IPCC) – das Gremium der Vereinten Nationen zur regelmäßigen Bewertung des klimawissenschaftlichen Sachstands – nutzt den Begriff in seinen Berichten seit 2021 nur noch, wenn es auf existierende nationale Ziele gleichen Namens verweist. Im [Glossar](#) führt das IPCC „Klimaneutralität“ seither nicht mehr auf, denn aus wissenschaftlicher Perspektive müsste „Klimaneutralität“ – verstanden als Zustand, bei dem menschliche Aktivitäten in der gewichteten Summe (also „netto“) keine Auswirkungen auf das Klimasystem haben – über Treibhausgase hinaus auch die Wirkung von [Aerosolen oder Albedo-Effekten](#) mit einbeziehen. Über die (positiven wie negativen) Wirkungen dieser Effekte bestehen aber nach wie vor große Unsicherheiten. Zudem wäre, wissenschaftlich betrachtet, beim Erreichen von Treibhausgasneutralität i.S.d. EKG bzw. des KSG der jährliche Beitrag der EU bzw. Deutschlands zum weiteren Temperaturanstieg – und so wird „Klimaneutralität“ in der Klimapolitik gemeinhin verstanden – nicht mehr nur neutral, sondern bereits negativ. Da sich das relativ kurzlebige Treibhausgas Methan anders als Kohlendioxid nicht in der Atmosphäre akkumuliert, muss es nicht bis auf (Netto-)Null reduziert werden. Für den Fall, dass die Weltgemeinschaft Treibhausgasneutralität i.S.v. Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens von Paris erreichen sollte, würde der weitere Temperaturanstieg nicht nur gestoppt, sondern es käme bereits zu einer [leichten Temperaturabnahme](#). „Treibhausgasneutralität“ ist entgegen dem landläufigen Verständnis also nicht mit „Temperaturneutralität“ gleichzusetzen.

Konzeptionelle Verwirrung

Die Ursache der nicht nur terminologischen, sondern auch konzeptionellen Verwirrung liegt in einem folgenschweren Missverständnis, das sich nach dem Sonderbericht des IPCC zu [Global Warming of 1.5°C](#) aus dem Jahre 2018 verbreitet hat. Hiernach soll das Erreichen von „Netto-Null Emissionen bis 2050“ auf globaler Ebene mit dem Temperaturziel, die Erderwärmung auf 1,5°C gegenüber vorindustriellen Werten zu begrenzen, identisch sein. Die Welle der Verabschiedung (supra-)nationaler „Netto-Null Emissionsziele“ für 2050 (u.a. in der EU und in Deutschland), die auf

den Sonderbericht folgte, bezog sich auf die sechs wichtigsten Treibhausgase (für die EU vgl. [Anhang V Teil 2 der VO \(EU\) 2018/1999](#)). Damit wurde indes übersehen, dass sich der IPCC [im Sonderbericht von 2018](#) mit der Aussage „Netto-Null Emissionen bis 2050“ allein auf CO₂ bezog.

Warum ist dieses Missverständnis relevant? Kombiniert mit einer signifikanten Minderung der Emissionen der beiden anderen wichtigsten Treibhausgase Methan und Lachgas (um jeweils 35-50% im Zeitraum 2010-2050) führt CO₂-Neutralität zu einem Stopp des Temperaturanstiegs. Eine Neutralisierung *aller* Treibhausgasemissionen (im Sonderbericht zu 1,5°C für das Jahr 2067 angesetzt) würde jedoch zu einer leichten Absenkung der globalen Temperatur führen. Treibhausgasneutralität ist also deutlich anspruchsvoller als CO₂-Neutralität. Erstere wird in Klimaschutzmodellen stets deutlich später erreicht als Letztere, nämlich im globalen Durchschnitt 10 bis 40 Jahre später ([hier](#) und [hier](#)); in einzelnen Staaten kann die Spanne, abhängig vom jeweiligen Gewicht der Landwirtschaft und der dort dominierenden Nicht-CO₂-Emissionen, auch unter 10 Jahren liegen. Zudem ist das Ziel der CO₂-Neutralität bis 2050 nur dann mit dem 1.5°C-Temperaturziel (das auf völkerrechtlicher Ebene bei alledem nicht verbindlich vorgegeben ist) kompatibel, wenn die CO₂-Emissionen anschließend nicht bei netto null verharren, sondern netto negativ werden ([hier](#)), um ein bis dahin zu verzeichnendes „Überschießen“ der 1.5°C-Schwelle bis zum Ende des Jahrhunderts wieder umzukehren (sog. [Overshoot](#)). Beim heutigen Stand der Forschung impliziert das Erreichen von Treibhausgasneutralität auf nationaler wie globaler Ebene immer auch das Erreichen von netto negativen CO₂-Emissionen ([hier](#)). Bei den verbleibenden Residualemissionen wird es sich zu einem großen Teil um Methan und Lachgas handeln, die zum Ausgleich benötigten Entnahme-Methoden existieren bislang aber nur für CO₂.



© IPCC, Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change Geneva

Zusammengefasst: Zum Zeitpunkt der CO₂-Neutralität werden die Emissionen der anderen Treibhausgase noch nicht auf netto null gesunken sein. Wenn dann später alle Treibhausgase zusammen netto null erreichen, liegen die CO₂-Emissionen bereits im netto negativen Bereich. Dabei gilt die Faustregel: Netto-Null-CO₂-Emissionen stoppen den weiteren Temperaturanstieg, netto negative CO₂-Emissionen kehren den Temperaturanstieg um.

Konkrete rechtliche Folgen

Was hier wie eine wissenschaftliche Spitzfindigkeit anmutet, hat bereits ganz konkrete rechtliche Folgen nach sich gezogen. So wurde Klimaneutralität – verstanden als Treibhausgasneutralität – sowohl im Klimaschutzbeschluss des BVerfG als auch in der [Entscheidung](#) des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall der KlimaSeniorinnen fälschlicherweise mit einem nationalen Beitrag zum Stoppen eines weiteren Temperaturanstiegs gleichgesetzt (zur Kritik [hier](#) und [hier](#)). Möglicherweise wurde diese Gleichsetzung durch kalkulatorischen Übermut angereizt, der in den zu Rate gezogenen Expertisen und Beschwerdeschriften der Beschwerdeführer zum Ausdruck kam. Jedenfalls haben die Gerichte die laut IPCC für 1.5°C global rechnerisch noch verbleibenden CO₂-Budgets oder die in IPCC-Szenarien erkennbaren CO₂-Neutralitäts-Jahre zu möglichen „fairen“ Anteilen für Deutschland bzw. die Schweiz in Beziehung gesetzt. Dabei werden aber meist nicht nur die nationalen Emissionen von CO₂ zugrunde gelegt, sondern die gesamten nationalen

Treibhausgasemissionen, unter Zuhilfenahme der in der Klimapolitik üblichen Umrechnung des Erwärmungspotentials aller Treibhausgase in „CO₂-Äquivalente“. Übersehen wird damit der grundlegende Fakt, dass die gesamten Treibhausgasemissionen eines Landes höher liegen als nur die CO₂-Emissionen, und dass Treibhausgasneutralität, wie gesagt, nach allen Klimaschutzszenarien später erreicht wird als CO₂-Neutralität. Zudem existiert – anders als vielfach angenommen – kein „verbleibendes globales Treibhausgas-Emissionsbudget“ für eine bestimmte Temperaturschwelle ([hier](#)). Ein solches Restbudget wird vom IPCC nur für CO₂, das sich dauerhaft in der Atmosphäre akkumuliert, bestimmt, weshalb hier ein linearer Zusammenhang zwischen kumulierten (historischen) Emissionen und dem Ausmaß des Erwärmungseffekts existiert.

Fazit

Im Ergebnis zeigt sich also, dass eine wissenschaftlich unrichtige Anwendung zentraler klimapolitischer Parameter zu verzerrten Aussagen über die von einzelnen Staaten völker-, europa- und nationalrechtlich zu treffenden Maßnahmen führt. Hierin liegt ein Risiko der „Aktivierung“ nationaler und überstaatlicher Gerichte als Akteure der Klimapolitik. Wir plädieren dafür, dieses Risiko – von Gesichtspunkten der Gewaltenteilung, der Legitimation und der Ausgestaltung der nationalen Rechtssysteme (welches dieser Systeme erweist sich als besonders „geeignet“?) einmal ganz abgesehen – in die Debatte um die „Climate Change Litigation“ als strategischem Instrument zur Erzwingung ehrgeizigerer Anstrengungen zur Bewältigung des Klimawandels einzubeziehen. Die wissenschaftliche Expertise nationaler und überstaatlicher Gerichte ist naturgemäß begrenzt. Gerichtliche Verfahren müssen zudem den Anforderungen der Verfahrensökonomie und des Untersuchungsgrundsatzes Rechnung tragen, der jedenfalls in verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Verfahren gilt (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO und § 26 Abs. 1 BVerfGG). Insofern sind Gerichte kein Forum der wissenschaftlichen Debatte – und sollen dies auch nicht sein. Gleichwohl ist in Situationen, in denen die Voraussetzungen für eine Entscheidung in

der Sache erfüllt sind, eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Stand der Klimawissenschaft unerlässlich. Insbesondere reicht es nicht aus, wissenschaftliche Behauptungen aus Klage- und Beschwerdeschriften umstandslos zu übernehmen. Gerade in Verfahren, die sich gegen einen Staat (oder die „eigene“ Staatsgewalt) richten, ist eine robuste Auseinandersetzung mit klimawissenschaftlichen Erkenntnissen vielmehr auch um der Legitimität des betreffenden Spruchkörpers willen zwingend **erforderlich**.

Ruben Fabers

Ein Verfassungsauftrag für die Ewigkeit?



Keine Ablösung der Staatsleistungen für Religionsgemeinschaften in Sicht

doi: 10.59704/a7d0a6d3abf687e7

In den aus Weimar übernommenen religionsverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes schlummert seit jeher der Verfassungsauftrag, die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften abzulösen, also durch eine Entschädigungszahlung aufzuheben. Dieser Auftrag blieb auch in der 20. Wahlperiode unerfüllt. Dafür ist eine spezifische politische und föderale Interessenkonstellation in der Bundesrepublik verantwortlich. Art. 138 Abs. 1 WRV ist dadurch bis heute „kaltgestellt“, wofür aber hinreichende Lösungsmöglichkeiten bereitstehen.

Es wurde wieder nichts

Mit dem Zusammentritt des neu gewählten Deutschen Bundestages am 25.03.2025 wurde die 20. Wahlperiode beendet. Ein weiteres Mal ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, dem Verfassungsauftrag aus Art. 140 GG i.V.m. 138 Abs. 1 WRV nachzukommen und die Grundsätze für die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften festzulegen. Dabei gab es in der vergangenen Wahlperiode ernstzunehmende Versuche, das 1919 und erneut 1949 verfassungsrechtlich festgelegte Gebot zu erfüllen.¹ Die Ampel-Koalition hatte sich die Ablösung der Staatsleistungen im Koalitionsvertrag auf die Fahne geschrieben;² der neue

Koalitionsvertrag von Union und SPD adressiert das Thema hingegen nicht.

An die Erfolglosigkeit dieser gesetzgeberischen Unternehmungen schließen sich zwei verfassungsrechtliche Beobachtungen an: Derzeit hat die Regelung in Art. 138 Abs. 1 WRV, wonach der Bund zunächst die Grundsätze für die Ablösung festlegen muss, bevor die Länder ihrerseits gesetzgeberisch tätig werden und die Details ausarbeiten können, eine paradoxe Wirkung. Statt die verfassungsrechtlich vorgesehene Ablösung in Gang zu bringen, sichert die bundespolitische Untätigkeit den Status quo ab – und garantiert in der Verfassungswirklichkeit seit Langem, dass sich die Religionsgesellschaften der Fortzahlung der Staatsleistungen auf mittlere Sicht sicher sein können.³ Zudem lässt sich mit Blick auf die bereits gewährten Staatsleistungen guten Gewissens sagen, dass Staat und Kirchen bei finanzieller Betrachtung eigentlich schon lange „quitt“ sind und man die Notwendigkeit vollständiger Kompensation plausibel bestreiten kann. Es stellt sich daher die Frage, ob die dauerhafte Nichterfüllung eines Verfassungsauftrags eigentlich ein rechtstaatliches Problem darstellt und die Normativität der Verfassung beschädigt,⁴ oder ob der gegenwärtige Zustand eher ein historisch begründetes, verfassungsrechtlich aber unbedenkliches Kuriosum ist.⁵

¹ Zur Entstehungsgeschichte der Norm im Überblick M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 138 WRV Rn. 4 ff.

² Auf S. 110 des Koalitionsvertrages der Ampel hieß es: „Wir schaffen in einem Grundsatzgesetz im Dialog mit den Ländern und den Kirchen einen fairen Rahmen für die Ablösung der Staatsleistungen“; von einem „zeitnahen“ Ablösungsversuch daher ausgehend P. Unruh, in: P. Huber/A. Voßkuhle, GG-Kommentar, 8. Auflage 2024, Art. 138 WRV Rn. 1a.

³ M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 138 WRV Rn. 13; U.a. aufgrund dieser Wirkung schon als ein dilatorischer Formelkompromiss bezeichnet von C. Schmitt, Verfassungslehre, 10. Auflage 1993, S. 32 ff.

Grundsätzliches

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass Art. 138 Abs. 1 S. 1 WRV nur einen Teil der finanziellen Verflechtungen zwischen Staat und Kirche erfasst. Als Staatsleistungen im Sinne dieser Norm gelten lediglich wiederkehrende Zahlungen, die auf einem historischen Zusammenhang mit den staatlich-kirchlichen Beziehungen vor 1919⁶ beruhen.⁷ Die Kirchensteuer als wohl bekannteste finanzielle Verknüpfung von Staat und Kirchen gehört etwa nicht dazu. Dennoch belaufen sich die jährlichen Staatsleistungen immerhin auf einen **Gesamtbetrag von über 600 Millionen** Euro (2024). Sie dienen als Folgeentschädigung für Säkularisierung und Mediatisierung geistlicher Fürstentümer im 19. Jahrhundert und werden etwa für die Besoldung und Versorgung von Geistlichen und Kirchenbediensteten oder den Unterhalt kirchlicher Gebäude gezahlt. Hintergrund ist, dass die Religionsgesellschaften damals durch die Enteignung kirchlichen Vermögens ihre finanzielle Grundlage für diese Aufgaben verloren. Der Staat kompensiert diesen Verlust bis heute durch regelmäßige Zahlungen, die ohne Ablaufdatum jährlich geleistet werden. Im Fall einer Ablösung würde die Höhe der Entschädigung pauschal berechnet, indem die jährlichen Leistungen mit einem pauschalen Faktor multipliziert werden. Daraus ergäbe sich der zu zahlende Betrag.⁸

Schon die Formulierung der Norm als Auftrag an den Bundesgesetzgeber, „Grundsätze“ festzulegen, lässt aufhorchen, ist eine solche Norm dem deutschen Verfassungsrecht doch eher fremd. Vergleichbare Formulierungen finden sich nur im Bereich des Finanz- und Haushaltswesens (Art. 106 Abs. 4 S. 2, 109 Abs. 1 Nr. 3 a, 109 Abs. 4 GG). Untypisch ist zudem, dass eine einzelne politische Sachfrage in Form eines

Verfassungsauftrags adressiert wird. Über den religionsverfassungsrechtlichen Kompromiss des Parlamentarischen Rates hat hier eine präkonstitutionelle Besonderheit der deutschen Geschichte Eingang in das geltende Verfassungsrecht gefunden. Art. 138 Abs. 1 WRV verleiht dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zum Erlass eines „Grundsatzgesetzes“, das eine Sperrwirkung gegenüber den Ländern entfaltet.⁹ Kompetenznormen beinhalten zwar stets die Möglichkeit zum Normerlass, aber noch keine Pflicht. Darüber geht Art 138 Abs. 1 S. 2 WRV erkennbar hinaus: Die Formulierung „[d]ie Grundsätze hierfür stellt das Reich [ergo: der Bund, Anm. des Autors] auf“ beinhaltet vielmehr eine normative Erwartung an den Bundesgesetzgeber. Dieser Übergang von der Kompetenznorm zum Verfassungsauftrag markiert den Wechsel vom Gesetzgebungsrecht zum Gesetzgebungsauftrag. Es drängt sich daher die Annahme auf, dass mit der derzeitigen Situation – anders als bei einer nicht ausgefüllten „reinen“ Gesetzgebungskompetenz – ein handfestes normatives Problem verbunden sein könnte, das sich mit fortlaufender Zeit weiter verschärft.

Was der Bund (nicht) tun muss

Unklar ist vor allem, was unter den Begriff der „Grundsätze“ fällt – ob etwa der Ablösungsfaktor in Anlehnung an § 13 Abs. 2 Bewertungsgesetz durch den Bund vorgegeben werden muss oder ob die Einbeziehung bestimmter Staatsleistungen bereits auf Bundesebene entschieden werden soll.

Nimmt man die Kompetenzkomponente der Norm ernst, muss es dem Bund allerdings vollständig freistehen, wie er eben jene Grundsätze festlegt. Die inhaltliche Leitplanke der Kompetenzausübung, die „Grundsätze“ festzulegen, kann schließlich auch negativ ausgelegt werden: Der Bundesgesetzgeber kann sich

⁴ So im Ergebnis B. Pieroth, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen auf der Agenda des Bundestags, NVwZ 2022, S. 1872 (1878).

⁵ Ausführlich zu den historischen Entstehungsbedingungen der staatlichen Pflicht zur Staatsleistung an die Kirchen E.-R. Huber, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 1 ff.

⁶ Ausführlicher dazu M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 138 WRV Rn. 15 ff.

⁷ Sonst wäre schon gar keine Ablösung, sondern nur eine Erfüllung möglich, s. P. Unruh, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Auflage 2024, Art. 138 WRV Rn. 4.

⁸ Nach § 13 Abs. 2 Bewertungsgesetz wäre das bei immerwährenden Leistungen bspw. der Faktor 18,6.

⁹ So auch P. Unruh, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Auflage 2024, Art. 138 WRV Rn. 15; M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 138 WRV Rn. 25 f.

bewusst für weitestgehende Handlungsfreiheit der Länder entscheiden und auf spezifische Vorgaben zum Berechnungsmodus verzichten. So lassen sich föderale Unterschiede hinsichtlich der Verflechtung von Staat und Kirchen und der finanziellen Leistungsfähigkeit der Bundesländer besonders berücksichtigen. Rahmenfestlegungen im „Grundsätzegesetz“ wären also durchaus möglich, solange den Ländern hinreichende Spielräume verbleiben. Genauso denkbar ist aber eine Regelung, die nicht vielmehr als ein „Startsignal“ für die Landesgesetzgebung enthält und alles Weitere dem Landesgesetzgeber selbst überlässt. Hier hat der Bundesgesetzgeber erheblichen politischen Spielraum.

Anders als bei typischen Gesetzgebungskompetenzen ist die Frage des „Ob“ bereits durch den enthaltenen Verfassungsauftrag vorentschieden. Die erhebliche Zeitverzögerung seit Inkrafttreten der Norm macht das Regelungsgebot zunehmend dringlicher.

Auf dem Papier: Erhebliche Spielräume für die Länder

Auch wenn die Länder zunächst auf ein Bundesgesetz warten müssen, haben sie dennoch Möglichkeiten, den Verfassungsauftrag zu erfüllen. Zum einen können sie auch jetzt schon einvernehmlich mit den Religionsgesellschaften eine Ablösung herbeiführen, solange dies nicht in Form eines Landesgesetzes geschieht. Teilweise ist das bereits geschehen, etwa bei bestimmten Baulasten.¹⁰ Zum anderen ist es denkbar, dass ein Bundesland im Wege des Bund-Länder Streits (Art. 94 Abs. 1 Nr. 3 GG) vor dem Bundesverfassungsgericht die Verabschiedung eines Gesetzes des Bundes einfordert – etwa mit Verweis auf die Bundestreue.¹¹

Angesichts der politischen Lage erscheint ein solches Vorgehen durch eine Landesregierungen derzeit allerdings kaum wahrscheinlich. In Zeiten knapper Landeshaushalte, die durch vielfältige Transformationsaufgaben bereits stark belastet sind, steht eine zusätzliche erhebliche finanzielle Belastung kaum auf der Agenda. Konservative mögen zudem grundsätz-

lichere Vorbehalte gegen einen solchen durchaus markanten Säkularisierungsschritt haben. Und nicht zuletzt werden die Religionsgesellschaften, angesichts ihrer noch immer relevanten gesellschaftlichen Bindungskraft, wieder stärker geschätzt als noch vor einigen Jahren.¹²

Ergebnis

Im Ergebnis ordnet sich die verfassungsrechtliche Lage wohl zwischen den zu Beginn genannten Maximalpositionen ein. Das Auseinanderklaffen von Verfassungswirklichkeit und Verfassungstext ist zwar stets irgendwie verfassungsrechtlich relevant, stellt aber andersherum auch einen Normalfall jeder normativen Verfassung dar. Die Nichterfüllung eines so konkreten Verfassungsauftrags geht darüber hinaus, insbesondere da die Norm dadurch faktisch in ihr Gegenteil verkehrt wird. Gegen methodische Bedenken einfach über die Sperrwirkung der Bundeskompetenz hinwegzusehen oder andere vermeintlich „verfassungsnähere“ Auslegungen zu wählen, um eine „Wertung“ des Grundgesetzes zu realisieren, ist als Lösung dennoch nicht geboten (und würde die Länder ebenso wenig zum Handeln zwingen).¹³ Wie gesehen, bestehen für die Länder Möglichkeiten, selbst tätig zu werden – entweder durch Verhandlungen mit den Religionsgesellschaften oder durch verfassungsprozessuale Schritte. Ein zahnlöser Tiger ist der Auftragsteil der Norm also auch in der derzeitigen Lage aus rechtlicher Perspektive nicht.

Das Grundgesetz sieht für den Verfassungsauftrag zur Ablösung der Staatsleistungen mehrschichtige Aktualisierungsoptionen vor, die von den unterschiedlichen politischen Kräften in Bund und Ländern genutzt oder eben nicht genutzt werden können. Dieses institutionelle Arrangement ist eng mit der Ausgestaltung des Verfassungsauftrags verknüpft. Der materielle Gehalt der Norm setzt sich eben nicht von selbst in der politischen Wirklichkeit durch. Das gilt es

¹⁰ S. D. Ehlers/C. Jasper, in: M. Sachs (Begr.), GG-Kommentar, 10. Auflage 2024, Art. 138 WRV Rn. 4.

¹¹ Unruh, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Auflage 2024, Art. 138 WRV Rn. 15.

¹² Auf S. 86 des aktuellen Koalitionsvertrags zwischen CDU und SPD wird etwa unter der Überschrift „Demokratische Resilienz“ bekannt: „Kirchen und Religionsgemeinschaften leisten einen unverzichtbaren Beitrag für den gesellschaftlichen Zusammenhalt und das Gemeinwohl.“

¹³ Dafür plädiert H. A. Wolff, Ablösung der Staatsleistung an die Kirche, ZRP 2003, S. 12 ff.

zu bedenken und nicht auf dem Wege innovativer Norminterpretation zu umgehen – auch bei einem seit über 100 Jahre unerfüllten Verfassungsauftrag.

Der Verfasser dankt Friederike Huff, Heiko Sauer und Justus Walter für wichtige Anmerkungen zu diesem Text.

Adil Demirkol, Benjamin Rasidovic

Zwischen Deutung und Hoheit

Zur Symbolverwendung durch Bundestagsabgeordnete im Plenarsaal

doi: 10.59704/ea7c1e5aa2782e6e



Bei der konstituierenden Sitzung des neu gewählten 21. Deutschen Bundestages am 25. März 2025 trug die Abgeordnete Cansin Köktürk (die Linke) ein schwarz-weißes Halstuch um den Hals geknotet. Dabei handelte es sich um eine „Kufiya“, die medial auch „Palästinensertuch“ genannt wird. Als Reaktion darauf haben sich drei Abgeordnete der CDU/CSU-Fraktion in einem [Schreiben](#) an Bundestagspräsidentin Julia Klöckner gewandt und eine Einordnung gefordert, ob das Tragen der Kufiya gegen die Geschäftsordnung des Bundestages und die Würde des Hauses verstößt.

Da es an einem (verfassungs)rechtlich ableitbaren abstrakten Normbestand zur Symbolverwendung durch Abgeordnete fehlt, werden entsprechende Fälle insbesondere über einzelfallbezogene Ordnungsmaßnahmen gelöst. Dabei kann sich der (rechtliche) Maßstab jedoch erheblich unterscheiden, je nachdem, welche Bedeutung dem jeweiligen Symbol zugeschrieben werden kann. Es bedarf deshalb einer grundlegenden Auseinandersetzung mit der juristischen Methodik der Symboldeutung, um zu vermeiden, dass Symbolik im parlamentarischen Raum – ggf. politisch motiviert – willkürlich gehandhabt bzw. sanktioniert wird.

Zwischen Recht und Parlamentspraxis

Welcher normative Charakter einzelnen Verhaltenserwartungen an Bundestagsabgeordnete zukommt, ist abstrakt häufig nicht eindeutig zu bestimmen. Bundestagspräsidentin Klöckner geht im Fall der Kufiya in einem [Post auf X](#) – ohne nähere Begründung – von folgendem Grundsatz aus:

„Im Plenum des Deutschen Bundestages wird die politische Auseinandersetzung über das Wort geführt und ausschließlich über das Wort. Meinungsbekundungen durch Spruchbänder, Flugblätter oder Teile der Bekleidung sind nicht zulässig.“

Unklar bleibt, woher ein solches Gebot bzw. Verbot stammt und wie weit es reicht. Geht es um Ablauf und Organisation der parlamentarischen Beratungen – einer Domäne, die in weiten Teilen die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages regelt – verschwimmen die Grenzen zwischen verbindlichem positivem Recht und bloß informalen, wenngleich auch fortlaufend konsensgetragenen Verhaltenserwartungen aus der parlamentarischen Praxis.¹

Die daraus folgenden Unsicherheiten kommen auch in dem Schreiben zum Ausdruck, das die Abgeordneten bezüglich der Kufiya an Bundestagspräsidentin Klöckner richteten. Dort heißt es zum Ursprung einer vermeintlich übertretenen Norm:

„Es ist langjährige Rechtslage und geübte Praxis im Deutschen Bundestag, dass Symbole politischer Gewalt im Plenarsaal gerügt werden. Wir erinnern in diesem Zusammenhang an einen Vorfall aus dem Jahr 2019, als der damalige Vizepräsident Wolfgang Kubicki das Tragen eines Antifa-Stickers im Plenum rügte.“

Kein abstraktes verfassungsrechtliches Verbot

Jedenfalls ein verfassungsrechtlich vermitteltes abstraktes Verbot der Symbolverwendung im Plenar-

¹ Hierzu etwa Morlok, JZ 1989, 1037.

saal lässt sich nicht methodisch einwandfrei begründen. Die Vorgaben in Art. 38 ff. GG regeln die Funktionen des Deutschen Bundestages im Gefüge der Verfassungsorgane abschließend und adressieren daran anknüpfend bestimmte Verfahrensfragen.² Bestimmte Kommunikationsmodalitäten für den parlamentarischen Ablauf gibt der Verfassungstext (jenseits der Vorgabe einer „öffentlichen Verhandlung“ und der Durchführung von Abstimmungen, vgl. Art. 42 GG) nicht unmittelbar vor. Eine originär verfassungsrechtliche Aussage zur Symbolverwendung im Plenum kann daher allenfalls eine teleologische Auslegung der Art. 38 ff. GG geben. Dabei ließe sich ein Regelungsgegenstand umso eindeutiger dem Verfassungsrecht zuordnen, je mehr er den Kernbereich der Aufgaben und Verfahren des Bundestages als Verfassungsorgan betrifft. Umgekehrt unterliegt ein Regelungsgegenstand umso eindeutiger dem Geschäftsordnungsrecht und der parlamentarischen Praxis, je mehr er organisatorische Fragen des parlamentarischen Umgangs und Geschäftsgangs berührt.³

Wo sich auf diesem Spektrum die Symbolverwendung durch Abgeordnete einordnen lässt, ist nicht eindeutig zu beantworten. Das Schrifttum geht dennoch überwiegend davon aus, dass die Plenardebatte durch Rede und Gegenrede geprägt sei und aus verfassungsrechtlicher Perspektive deshalb das gesprochene Wort das (einzige) Mittel zur Auseinandersetzung sein könne.⁴ Auch das BVerfG formuliert, dass „es (...) Aufgabe des Parlaments [sei], Forum für Rede und Gegenrede zu sein.“⁵

Fraglich erscheint, wie sich eine Beschränkung auf das gesprochene Wort zur Freiheit des Abgeordnetenmandates bzw. den Statusrechten der Abgeordneten gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verhielte. Sowohl das

Schrifttum⁶ als auch das BVerfG⁷ benennen die Statusrechte der Abgeordneten als funktionsbezogene Mitwirkungsrechte. Lehnt man in diesem Sinne einen umfassenden Gewährleistungsbereich im Sinne einer „parlamentarischen allgemeinen Handlungsfreiheit“ der Abgeordneten ab, ließe sich in der Folge argumentieren, dass sich die zur Mandatsausübung vorgesehenen Statusrechte der Abgeordneten im Plenum auf die rein verbale Ausdrucksform – als Leitbild der parlamentarischen Auseinandersetzung – verengt.⁸ Allerdings sind Parlamente ihrem Wesen nach umfassende Kommunikationsräume.⁹ Als sozialer Interaktionsprozess ist Kommunikation nie rein verbal zu begreifen, sondern enthält immer auch nonverbale Elemente. Auch im Bundestag finden insoweit symbolische Formen der Staatskommunikation statt, beispielsweise Gedenkveranstaltungen mit kulturellen Darbietungen und besonderer Saaldekoration und -konfiguration. Letztlich wirkt das Parlament also auch in der Staatspraxis nicht ausschließlich als „Arena“ für verbale politische Auseinandersetzungen, sondern zugleich als „demokratischer Ritualort“.¹⁰ Auch wenn es sich dabei um aus dem parlamentarischen Alltag ausgegliederte Sonderveranstaltungen handelt, bietet bereits die Existenz dieser symbolisch vermittelten Dimension parlamentarischer Tätigkeit Anlass zur Frage, warum nonverbale bzw. symbolische Ausdrucksformen per se nicht am verfassungsrechtlichen Schutz des Abgeordnetenmandates teilhaben sollen. Das BVerfG hat diese Frage in einer [jüngeren Entscheidung](#) nicht abschließend beantwortet. Dabei ging es um die Anordnung der sog. „2G+-Regel“ für die jährliche Gedenkveranstaltung für die Opfer des Nationalsozialismus, die auch während der Corona-Pandemie stattfand, und einen möglichen Eingriff in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG.

² Müller/Drossel, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 54.

³ Morlok, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 6 f.

⁴ Siehe etwa Glauben/Breitbach, DÖV 2018, 855 (859).

⁵ BVerfGE 96, 264 (284); 84, 304 (329); 10, 4 (12).

⁶ Müller/Drossel, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 163.

⁷ Siehe etwa BVerfGE 80, 188 (217 f.).

⁸ Drossel/Weber, NVwZ 2022, 365 (367); Müller/Drossel, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 166.

⁹ Patzelt, in: Schulz/Wirsching, Parlamentarische Kulturen in Europa, 2012, 45.

¹⁰ Hierzu ausführlich: S. Schönberger, Der Staat 56 (2017) 3, 441 (441 f.; 469).

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zwar selbst keinen Bezug zwischen dieser Veranstaltung und dem Abgeordnetenmandat hergestellt, weil Abgeordnete regelmäßig nur als Zuhörer an den Gedenkveranstaltungen teilnahmen und es an einer hinreichenden Substantiierung eines Bezugs zum Abgeordnetenmandat durch die Antragsteller fehle. In seiner Entscheidung zeigte sich das BVerfG für eine weitere Auseinandersetzung diesbezüglich aber offen (Rn. 40).

Möchte man die Zulässigkeit der Symbolverwendung durch Abgeordnete hingegen nicht anhand des kommunikativen Gehalts bemessen, ließe sich erwägen, ein verfassungsrechtlich vermitteltes Symbolverbot aus dem Gedanken einer Beeinträchtigung des Ablaufs und der Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Prozesses abzuleiten. Doch auch nach diesem Maßstab wäre jedenfalls ein abstrakt-generelles Symbolverbot nicht begründbar. Insbesondere bei multifunktionalen Objekten (wie Kleidungsstücken) ist nicht erkennbar, warum diesen – unabhängig vom konkreten Einzelfall – „typischerweise“ eine ordnungsstörende Wirkung zukommen soll, die die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Debatte einschränken kann. Einen solchen eindeutigen Zusammenhang bräuchte es jedoch, um aus den wenigen Regelungen des Grundgesetzes über Funktion und Ablauf des parlamentarischen Verfahrens im Rahmen der Auslegung ein verfassungsimmanentes „Symbolverbot“ abzuleiten. Beispiele für die Vereinbarkeit von Objekten mit einer (vermeintlichen) Symbolkraft und der Ungestörtheit parlamentarischer Abläufe lassen sich jedoch schnell finden: Man denke etwa an Einstecktücher in bestimmten Parteifarben, Krawatten mit kleinen Symbolen (z.B. die bekannte „Hundekrawatte“ des AfD-Abgeordneten Alexander Gauland) oder Ansteckpins am Revers, die in der parlamentarischen Debatte regelmäßig völlig unkommentiert bleiben.

Dass man hinsichtlich einer potenziellen Störwirkung von Symbolik nach Art und Beschaffenheit der Objekte differenzieren sollte, zeigen im Übrigen auch Überlegungen des Gesetzgebers. In diesem Sinne stellt

etwa die [Gesetzesbegründung zu § 44a Abs. 5 AbgG a.F. \(S. 4\)](#) klar, dass „reine Fragen der Kleiderordnung“ von einer Prüfung am Maßstab jenes ordnungsrechtlichen Tatbestandes grundsätzlich „ausgenommen [sind], soweit sie nicht allgemeine Regeln des Anstands verletzen.“

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einzelfallmaßnahmen

Aus der Verfassung lässt sich also kein abstrakter Maßstab dafür ableiten, welche Symbolverwendung durch Abgeordnete zulässig ist. Dies lässt sich deshalb nur im Einzelfall beantworten, was die Folgefrage aufwirft, welcher Prüfungsmaßstab dabei gilt und wie sich einzelne Ordnungs- und Sanktionsmaßnahmen des Bundestagspräsidiums verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen. Das niedrigschwellige Ordnungsmittel der informellen „Rüge“ greift nach der Rechtsprechung des BVerfG bereits seiner Natur nach nicht in die Statusrechte der Abgeordneten ein.¹¹ Soweit aber andere Sanktionsformen – etwa Ordnungsruf, Sitzungsausschluss oder Ordnungsgeld – als Eingriff in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewertet werden müssen, ist zu ihrer Rechtfertigung zwingend ein beeinträchtigtes „kollidierendes“ Verfassungsgut zu bestimmen, etwa die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Debatte.¹² Lehnt man hingegen ab, dass Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auch die Symbolverwendung schützt (etwa unter Berufung auf das oben dargestellte Leitbild von „Rede und Gegenrede“), liegt es nahe, Ordnungsmaßnahmen als organisatorische Fragen des Sitzungsablaufs zu begreifen. Diese könnten sich dann schlicht auf die Befugnisse des Bundestagspräsidenten zur Sitzungsleitung stützen und wären nur darauf zu überprüfen, ob sie einen dahingehend möglicherweise bestehenden Beurteilungsspielraum überschreiten.¹³

In einer [einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 2012](#) formulierte der Sächsische Verfassungsgerichtshof in diesem Sinne einen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstab, der nach der Bedeutung des sanktionierten Verhaltens abgestuft ist. In dem zugrundelie-

¹¹ BVerfGE 60, 374, 1. Leitsatz.

¹² Vgl. Drossel/Weber, NVwZ 2022, 365 (367); C. Schönberger/S. Schönberger, JZ 2018, 105 (113 Fn. 76).

¹³ Einen solchen Spielraum generell ablehnend: Ingold/Lenski, JZ 2012, 120 (122 f.).

genden Fall sanktionierte das sächsische Landtagspräsidium mehrere Abgeordnete, weil sie eine bestimmte (dem rechtsextremen Spektrum zugeordnete) Mode-
marke trugen. Zur Kontrolldichte führte der Verfas-
sungsgerichtshof aus:

„[Die] Kontrolle ist umso intensiver, je deutlicher die Ordnungsmaßnahme auf den Inhalt der Äußerungen und nicht auf das Verhalten des Abgeordneten reagiert. In diesen Fällen muss eine Verletzung oder doch Gefährdung konkurrierender [verfassungsrechtlicher] Rechtsgüter vorliegen, die auch Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist. Im Übrigen ist lediglich zu überprüfen, ob dem Präsidenten bzw. Präsidium alle relevanten Tatsachen bei der Entscheidung bekannt waren, die Bewertung des in Rede stehenden Verhaltens als Verletzung der Ordnung gemessen an der Parlamentspraxis dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit entspricht und auch sonst nicht offensichtlich fehlerhaft oder willkürlich ist.“

Zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabes bedarf es aus verfassungsrechtlicher Perspektive jedenfalls einer Differenzierung zwischen Darstellungen, die im konkreten situativen Kontext primär den Inhalt von Äußerungen unterstützen und damit dem Schutzbereich des Abgeordnetenstatus angenähert sind,¹⁴ und sonstigem Abgeordnetenverhalten. Diese Unterscheidung setzt ein Element der Symboldeutung voraus, um bestimmen zu können, welche Funktion dem sanktionierten Verhalten für die Wahrnehmung der Abgeordnetenrechte zukommt.

Soweit außerhalb des verfassungsrechtlich determinierten Maßstabs Ordnungsmaßnahmen schlicht mit einem Verstoß gegen die „Würde des Bundestages“ (§§ 36 Abs. 1, 37 GO– BT, § 44e AbgG) begründet werden, wurde in der Literatur zu Recht die Unbestimmtheit dieses Begriffs als Schutzgut kritisiert.¹⁵

Nach alldem wird sichtbar, dass es schon aus rechtsstaatlichen Gründen eines praktisch vorhersehbaren und handhabbaren Prüfungsmaßstabes bedarf,

um nachvollziehbar zu machen, warum in bestimmten Konstellationen eine Symbolverwendung zulässig sein soll und in anderen nicht. Dies lässt sich auch an der bisherigen Praxis der Sitzungsleitung durch das Bundestagspräsidium ablesen, die keinem erkennbaren Muster folgt. So waren bisher etwa mahnende Hinweise nach dem Zeigen von Objekten zu beobachten, beispielsweise in Reaktion auf das symbolische Aufspannen eines zerfledderten Regenschirms (BT– Plenarprotokoll 16/190, S. 20478) oder das Zurschaustellen einer Blumenvase (BT– Plenarprotokoll 16/212, S. 23033 f.) am Rednerpult. Es hat allerdings auch schon Sitzungsausschlüsse gegeben, etwa für das Entrollen beschrifteter Spruchbänder durch Abgeordnete (BT– Plenarprotokoll 17/25, S. 2186 f.). Sogar innerhalb einer Sitzung wurde das auf den jeweiligen Redebeitrag bezugnehmende symbolische Tragen einer Sonnenbrille nicht gerügt, das Aufsetzen einer Mütze durch den Redner hingegen schon (BT– Plenarprotokoll 10/150, S. 11263 ff.). Ungerügt blieb auch das Tragen eines Sportanzugs mit „Gucci– Optik“. Das jüngste Beispiel der Kufiya weist wiederum in eine andere Richtung.

Zur (fehlenden) Operationalisierbarkeit der Deutung

Ein praxistauglicher Prüfungsmaßstab setzt voraus, dass die von einem konkreten Objekt ausgehende Wirkung benannt und so operationalisierbar gemacht wird. Hierzu sind die bislang genutzten Begriffe, vor allem der Symbolbegriff selbst, der Begriff einer (vermeintlich symbolvermittelten) „Meinungskundgabe“ oder das unbestimmte Schutzgut der „Würde des Bundestages“ nicht geeignet. Wem die Deutungshoheit über die Symbolwirkung zukommt und nach welchen Maßstäben diese Deutung zu erfolgen hat, sind offene Fragen.

Dies zeigt auch das breite Spektrum von Interpretationsmöglichkeiten in der öffentlichen Debatte um die Kufiya, das von einer „Solidaritätsbekundung mit Palästinensern“ bis hin zu einer Betrachtung als

¹⁴ Vgl. zu dieser Unterscheidung: Ritzel/Bücker/Schreiner, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, Stand: 28. EL Dezember 2022, Vorbem. zu §§ 36 – 41 GOBT Nr. 1 c) ee).

¹⁵ Siehe etwa: Ingold/Lenski, JZ 2012, 120 (122 f.).

„Symbol des antisraelischen und damit antisemitischen Terrors“ reicht.

In der Rechtswissenschaft fehlt bislang eine tiefgreifendere Auseinandersetzung mit Symbolik im Allgemeinen¹⁶ (für eine größere Berücksichtigung von Ästhetik als juristischem Argument siehe Akbarian auf diesem Blog). Zwar hat das BVerfG im Rahmen der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG **verfassungsrechtliche Maßstäbe entwickelt**, um verbale Aussagen zu deuten. Danach ist bei objektiv mehrdeutigen Botschaften diejenige Auslegung maßgeblich, die die Meinungsfreiheit im Ergebnis am wenigsten einschränkt (Rn. 125 f.). Dieser Ansatz lässt sich jedoch nicht auf die Symbolverwendung durch Abgeordnete im Parlament übertragen, da diese keine private Grundrechtsausübung ist, sondern sich vielmehr an der Schnittstelle zwischen gesellschaftlicher Repräsentation (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) und staatlicher Willensbildung befindet.¹⁷ Zudem fehlt es an spezifisch symbolbezogenen Deutungsmaßstäben.

Zwischen subjektiver und objektiver Deutung

Dass die Rechtspraxis gerade mit der Symboldeutung überfordert ist, hat sich insbesondere bei der Interpretation religiöser Symbolik in der staatlichen Sphäre gezeigt. Während das BVerfG im sog. „**Kruzifix-Beschluss**“ aus dem Jahr 1995 klar feststellte, dass es sich bei dem klassischen Kruzifix (im Klassenzimmer) um ein religiöses Symbol, gar das christliche „Glaubenssymbol schlechthin“ handle (Rn. 44), urteilte das **Bundesverwaltungsgericht** zuletzt, dass diese Deutung nicht in jedem Fall zutreffen müsse. So sei das im Eingangsbereich von Dienstgebäuden vorgesehene Kruzifix, das nach der **Allgemeinen Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern** „Ausdruck der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns“ ist, nicht zwingend als religiöses Symbol zu werten (Rn. 28). Dabei begründete das Gericht nicht, warum es unter den unterschiedlichen Deutungsvarianten

ausgerechnet der subjektiven Zwecksetzung der bayerischen Staatsregierung folgte und die Profanisierung des Kreuzes respektierte.¹⁸

Dagegen hat die Rechtsprechung in den „Kopftuch-Fällen“ eine vermeintlich objektivierte Symboldeutung vorgenommen. Zunächst hatte das Bundesverwaltungsgericht das muslimische Kopftuch als religiöses Symbol eingeordnet, welches „seines spezifischen Bezugs auf die Glaubensinhalte des Islam [nicht] entkleidet“ werden könne.¹⁹ In der „**Kopftuch I-Entscheidung**“ aus dem Jahr 2003 stellte der Zweite Senat des BVerfG dann fest, dass das Kopftuch, anders als das christliche Kreuz, nicht „aus sich heraus ein religiöses Symbol“ sei, sondern erst durch die Kontextualisierung eine „vergleichbare Wirkung entfalten“ könne (Rn. 50). In der „**Kopftuch III-Entscheidung**“ zog das BVerfG 2020 schließlich erneut einen „objektiven Betrachter“ heran, um zu begründen, warum die Wirkung des Kopftuchs einer muslimischen Rechtsreferendarin gegen den Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität der Justiz verstoßen kann (Rn. 90).

Insgesamt ist eine einheitliche Maßstabsbildung bei der Symboldeutung nicht erkennbar. Es braucht deshalb eine nachvollziehbare Methodik, um die Symbolverwendung im öffentlichen Raum anhand von einheitlichen Maßstäben konsistent klären zu können. Andernfalls droht die Ausfüllung bestehender Interpretationsspielräume durch politische Opportunität oder willkürliche Zuschreibungen – und dabei handelt es sich nicht nur um symbolische Gefahren.

¹⁶ Wenige Ausnahmen sind Röhl, in: Cottier/Estermann/Wrase, Wie wirkt Recht?, 267; Geis, in: Schlögl/Giesen/Osterhammel, Die Wirklichkeit der Symbole, 439; Krausnick, in: Schlögl/Giesen/Osterhammel, Die Wirklichkeit der Symbole, 135.

¹⁷ C. Schönberger/S. Schönberger, JZ 2018, 105 (111).

¹⁸ Vgl. die Einordnung bei Muckel, JZ 2024, 724 (728).

¹⁹ BVerwG Urt. v. 4.7.2002 – 2 C21/01, NJW 2002, 3344 (3445).

Johannes Maurer

Drum prüfe, wer sich ewig bindet

50 Jahre Radikalenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

doi: 10.59704/899bcc7c2a25b636



Heute vor 50 Jahren fällt das Bundesverfassungsgericht seinen berühmten [Radikalenbeschluss](#). Die Entscheidung drehte sich um die Frage, ob und wie der Staat gegen potenziell verfassungsfeindliche Beamt*innen bzw. Bewerber*innen für den Staatsdienst vorgehen kann. Sie ist bis heute prägend. Der Jahrestag bietet Anlass, die Entscheidung mit Blick auf ihre Aktualität kritisch zu hinterfragen.

Historisch aktuell

Auch wenn der Kontext, in dem die Radikalenentscheidung gefällt wurde, sich von der heutigen Lage deutlich unterscheidet, könnte der rechtspolitische Kontext aktueller nicht sein. Damals wurde die Gefahr für den Staat links verortet, vor allem in der Protestbewegung der 68er-Bewegung. Heute dagegen wird die Bedrohung – spätestens nach der [Einstufung der AfD durch das Bundesamt für Verfassungsschutz \(BfV\) als gesichert rechtsextremistische Bestrebung](#) – überwiegend als von rechts kommend wahrgenommen (dazu unten mehr). Schon damals setzte sich das BVerfG also mit der Frage auseinander, wie der Staat mit potenziellen Verfassungsfeind*innen umgehen kann – für die heutige Debatte um AfD-Mitglieder ist die Entscheidung damit Ausgangspunkt rechtlicher Überlegungen. Der Radikalenbeschluss, der dem Staat relativ weite Handhabe gab, kann heute als kanonisiert gelten. Das täuscht leicht darüber hinweg, dass die Entscheidung in vielerlei Hinsicht nicht überzeugend ist. Damals war sie alles andere als unumstritten – Helmut Ridder sprach vom „Austritt der Bundesrepublik aus der Familie der westeuropäischen parlamentarischen Demokratien“.

Hintergrund und Inhalt der Radikalenentscheidung

In der Radikalenentscheidung hatte das BVerfG über den Radikalenerlass zu befinden. Auf Veranlassung von Bundeskanzler Willy Brandt und den Ministerpräsidenten waren Einstellungsbehörden dazu aufgerufen worden, die Verfassungstreue von Beamt*innen, vor allem aber Bewerber*innen um Stellen im öffentlichen Dienst, genau zu prüfen. Wer Mitglied in einer „verfassungsfeindlichen Vereinigung“ war, sollte keine Stelle im Staatsdienst erhalten können. Dabei hatten sich die Behörden im Rahmen der sogenannten Regelanfrage der Informationen des BfV zu bedienen. Der Erlass galt politisch (auch) als Reaktion auf Rudi Dutschkes berühmten Aufruf zum „Marsch durch die Institutionen“ ([Rigoll, S. 341](#)). Begleitet wurde er von einer emotionalen Debatte, die von dem bis heute präsenten Schlagwort der „Berufsverbote“ geprägt war. Wie bestimmend diese Diskussion war, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass das BVerfG in der Entscheidung selbst Stellung bezog: Das Schlagwort der Berufsverbote sei „völlig fehl am Platz“ und solle „offensichtlich politische Emotionen wecken“ ([Rn. 113](#)). Zurecht haben rechtlich irrelevante Ausführungen wie diese in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Seltenheitswert. In der Sache billigte das BVerfG das staatliche Handeln in der Entscheidung weitgehend, verlangte aber Einzelfallprüfungen und zerstörte damit die Hoffnung einiger Regierungsmitglieder auf Bundes- wie Landesebene, allein aus der Mitgliedschaft in einer entsprechend eingestuften Organisation auf die Verfassungsfeindlichkeit der betreffenden Person schließen zu dürfen. Später wurde die Praxis des Radikalenerlasses dann vom EGMR kassiert, schon vorher war sie politisch [von Helmut Schmidt abge-](#)

räumt worden. In der Rechtsprechung führte dies zu der Anpassung, dass allein die Mitgliedschaft in entsprechend eingestuften Parteien nicht ausreicht, um von einer verfassungsfeindlichen Einstellung des Mitglieds auszugehen (zusammenfassend dazu und mit Blick auf eine AfD-Mitgliedschaft Sofiane Benamor).

Die Verfassungstreuepflicht: Fragwürdige Herleitung, fragwürdiges Vorbild

Rechtlicher Anknüpfungspunkt dieses Vorgehens gegen „Verfassungsfeind*inne“ im Staatsdienst war – und hier schließt sich heute erneut der Kreis – die Verfassungstreuepflicht. Im Radikalenbeschluss stellte das BVerfG seine vielzitierte Formel zur Bestimmung dieser Pflicht auf. Verlangt ist von Beamt*innen demnach „mehr als nur eine formale korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung. Beamt*innen müssten sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen [distanzieren], die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren“ (Rn. 49). Damit fordert die Verfassungstreuepflicht von Beamt*innen Loyalität zum freiheitlichen Staat. Den Grund dafür lieferte das BVerfG gleich mit: „Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift“ (Rn. 49). Die so verstandene Loyalitätspflicht bedürfte so faktisch einer Prognose darüber, ob sich Beamt*innen für den Fall, dass der Staat von innen unter Druck gerät, staatsreu verhalten. In dieser Anforderung kann der – verständliche – Versuch erblickt werden, Erfahrungen aus der Weimarer Republik, die nie über einen durchgehend demokratisch eingestellten Beamt*innenapparat verfügte (zur besonderen Lage in Preußen aber Sarah Schulz), in manifeste Pflichten zu verdichten. Bei Licht betrachtet stellt sich aber die Frage, ob eine zum Staat stehende Beamt*innenschaft einer autokratischen Übernahme etwas entgegenzusetzen hätte; insbesondere wenn diese Übernahme aus den Institutionen heraus durch Regierungsbeteiligungen oder parlamentarische Mehr-

heiten betrieben wird. Beamt*innen in einem solchen Fall als letzten Schutzwall der wehrhaften Demokratie zu betrachten, ist viel verlangt und erscheint zudem nicht übermäßig realistisch.

Nicht nur das vom BVerfG herausgearbeitete Konzept der Verfassungstreuepflicht, sondern auch ihre normative Anbindung im Grundgesetz ist kritikwürdig. Das BVerfG ordnete die Verfassungstreuepflicht als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamt*innentums ein und sprach ihr damit über Art. 33 Abs. 5 GG Verfassungsrang zu (Rn. 47). Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamt*innentums allerdings muss, wie das BVerfG bereits früher feststellte, historische Praxis sein und mindestens unter der Weimarer Reichsverfassung als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sein. Angesichts der in Weimar uneinheitlichen Praxis kann davon – entgegen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung und der überwiegenden Literaturauffassung – nicht die Rede sein (m. w. N. Battis BBG/Battis 6. Aufl. 2022, BBG § 7 Rn. 11). An andere Vorgänger der BRD kann eine Verpflichtung auf Freiheit und Demokratie der Natur der Sache nach ebenfalls nicht angeknüpft werden. Interessanterweise ist aber die semantische Nähe der zunächst einfachgesetzlich ausbuchstabierte Treuepflicht im bundesrepublikanischen Beamt*innenrecht zur Treuepflicht im NS-Staat frappierend. So stellte bereits Ernst-Wolfgang Böckenförde fest, dass dem Gesetzgeber nach 1945 nicht mehr eingefallen sei, als die Treue-Formel voll zu übernehmen – lediglich das System „nationalsozialistischer Staat“ sei durch die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ ersetzt worden. Die Ungereimtheiten im Zusammenhang mit der Auslegung der Geschichte bezüglich der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamt*innentums und etwaigen Werten hätten verhindert werden können, wenn sich das BVerfG auf einen funktionalen Ansatz der Pflicht bezogen hätte. Ein solcher müsste, anknüpfend an die Stellung des*der jeweiligen Beamt*in, zwangsläufig den letztlich ohnehin notwendigen Bezug zum tatsächlichen Verhalten herstellen. Fragen danach, ob eine Person „verfassungsfeindlich“ ist, könnten dadurch ersetzt werden, sodass auch aus rechtsstaatlicher Sicht eine befriedigendere Lösung entstünde.

Beschneidung des Parteienprivilegs

Die Radikalenentscheidung des BVerfG manifestierte aber nicht nur die Verfassungstreuepflicht, sondern hebelte darüber auch einen wesentlichen Teil des Parteienprivilegs aus. Die Privilegierung von Parteien besteht im Vergleich zu anderen Organisationen und ergibt sich insbesondere aus den besonderen formellen Verbotsvoraussetzungen: Nur das BVerfG kann eine Partei verbieten oder ihr die staatliche Finanzierung entziehen, Art. 21 Abs. 2 – 4 GG. Damit diese besondere Stellung nicht unterlaufen wird, darf der Staat nicht in den Bestand einer Partei eingreifen. Bezüglich Parteien kann somit schon generell gefragt werden, ob es den Anforderungen aus Art. 21 GG überhaupt gerecht wird, sie (ohne Verbotsambition) als „verfassungsfeindlich“ einzustufen. Jedenfalls besteht aber ein Konflikt mit der Verfassungstreuepflicht. Wenn die Mitgliedschaft in einer vom BfV als verfassungsfeindlich eingestuften Partei dazu führt, dass eine Anstellung beim Staat nicht mehr in Betracht kommt, weil in der Mitgliedschaft ein Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht liegt, wirkt sich dies auf den potenziellen Mitgliederstamm einer Partei aus. Das BVerfG allerdings negierte bereits eine rechtliche Verbindung zwischen Parteienprivileg und Verfassungstreuepflicht. Während das Parteienprivileg die Freiheit der Bürger*innen festhalte, sich in Parteien zu organisieren, sogar wenn diese die freiheitliche Ordnung bekämpfen, lege die Verfassungstreuepflicht Beamt*innen besondere Pflichten auf (Rn. 69). Diese Argumentation hatte Verfassungsrichter Hans-Georg Rupp in seinem Sondervotum zum Radikalenbeschluss seziert (ab Rn. 134): Wenn die Mitgliedschaft in einer verbotenen Partei mit der Verfassungstreuepflicht nicht vereinbar sei, bestehe offenkundig doch eine Verbindung zwischen beiden Verfassungsprinzipien, die sich somit aufeinander auswirken müsse. Da Art. 21 Abs. 2 GG die jüngere Norm sei, müsse Art. 33 Abs. 5 GG entsprechend modifiziert verstanden werden. Zudem greift das Sondervotum das bis heute vorherrschende Bild des „nur politischen Bekämpfens“ der Partei an: Wenn die Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei eine Karriere im Staatsdienst

verhindert, stehen Betroffene faktisch vor einer Entscheidung. Da eine Partei „nur durch ihre Mitglieder“ existiert, wirkt die Differenzierung zwischen gegen Mitglieder gerichteten Maßnahmen und solchen gegenüber der Partei selbst wie ein recht durchschaubarer Versuch, eine ungewollte Konsequenz zu umgehen. Erwähnenswert ist auch hier, dass die entsprechenden Ausführungen für die Entscheidung des Falls keine Rolle spielten; dem Beschwerdeführer war eine Verbeamtung nicht wegen einer Parteimitgliedschaft, sondern wegen regelmäßiger Teilnahme an Treffen einer „Roten Zelle“ verweigert worden (Rn. 13).

Wie umgehen mit dem Erbe des Radikalenerlasses?

Eine wichtige Eigenheit im Umgang mit potenziellen Verfassungsfeind*innen im Staatsdienst liegt in dem Maßstab, der an bereits verbeamtete Personen und an Bewerber*innen angelegt wird. Weil Disziplinarmaßnahmen nur an Pflichtverletzungen angeknüpft werden können, bedarf es eines manifesten Verstoßes gegen die Verfassungstreuepflicht. Bei Bewerber*innen dagegen kommt es auf eine Prognoseentscheidung an, eine Pflichtverletzung oder ein ihr gleichkommendes Verhalten muss also gerade nicht vorliegen. Das führt notwendig zu einem Doppelstandard: Während bei Personen, die eine Verbeamtung anstreben, Mitgliedschaften, aber auch Verhaltensweisen durchaus streng gehandhabt werden können, muss bei Beamt*innen konkret erklärt werden, warum in einem bestimmten Verhalten bereits eine hinreichend relevante Pflichtverletzung liegt. Der Radikalenerlass scheint hier auf interessante Weise fortzuwirken: Weil er eine eindeutige staatliche Überreaktion war, wird die Verfassungstreuepflicht bei Beamt*innen zurückhaltend angewendet. Das widerläuft zum einen dem in der verfassungsgerichtlichen Konstruktion angelegten Ziel, dem Staat eine Beamt*innenschaft zu geben, die im Zweifel „Partei für ihn ergreift“ (Rn. 49). Zum anderen rücken stattdessen Maßnahmen in den Vordergrund, die eine Anwendung von Disziplinarmaßnahmen wegen Verstößen gegen die Verfassungstreuepflicht vermeiden sollen. In den Fokus geraten dadurch abermals die Bewerber*innen, Regelanfragen beim Verfassungsschutz sind in den letzten Jahren in immer mehr

Bundesländern wieder zum Standard geworden. Vor der Schablone der Verfassungstreuepflicht fällt es durchaus schwer, zu erklären, warum ein und dasselbe Verhalten die Nichteinstellung rechtfertigt, Disziplinarmaßnahmen aber nicht zulässt. Auch hier könnte eine verhaltensbezogene Pflicht weiterhelfen: Zu klären, ob NS-verharmlosende Chatnachrichten eines Polizisten in der Gruppe „Itiotentreff“ bedeuten, dass er Demokratie und Rechtsstaat ablehnt, **ist herausfordernd**. Würde dagegen eine etwaige Treuepflicht des Polizisten an seiner Aufgabe bestimmt, wäre es plausibel, eine Person nicht bewaffnet auf Streife gehen lassen, die sich rassistisch äußert und dabei gegenüber Kolleg*innen offenbar keine Hemmungen zeigt.

Wenn die Exekutive entscheidet, wer verfassungsfeindlich ist

In einer Grundfrage in Bezug auf den Umgang mit Verfassungsfeind*innen war das BVerfG in der Radikalenentscheidung sehr großzügig. Die Kompetenz der Exekutive, darüber zu entscheiden, was „verfassungsfeindlich“ bedeutet, hat es vorausgesetzt; rechtliche Folgen dieser Entscheidung umfassend gebilligt. Damit spielt der Radikalenbeschluss als Grundton in der jetzigen Debatte zum Umgang mit der AfD eine wichtige Rolle. Wie weit darf der Staat bei der Delegitimierung einer Partei gehen, die er nicht verbieten kann oder will? Der Bundesinnenminister Alexander Dobrindt ist nun der Ansicht, dass der BfV-Bericht, der zu dem Ergebnis kommt, dass die AfD verfassungsfeindlich ist, **für ein Verbot aber doch nicht ausreicht**. Rechtspolitische Forderungen nach einer **faktischen Abschaffung des Parteienprivilegs** oder der Wunsch nach einer Rechtsprechung, die die bloße Mitgliedschaft in der AfD ausreichen lässt, um von einem **weitreichenden Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht auszugehen**, werden dadurch noch mehr Raum bekommen. Der Demokratie könnten sie allerdings einen Bärendienst erweisen, weil staatliche Repression dazu neigt, um sich zu greifen. Beispiele dafür gab es zuletzt in Bayern, wo Verfassungsfeind*inne offenkundig (auch) links verortet werden. So wurde der Klimaaktivistin Lisa Poettinger der **Zugang zum Referendariat versagt**, dem 25-jährigen Bundestagskandidaten

Gabriel Bruckendorfer wurde eine Vertragsverlängerung bei der Augsburger Universität verweigert. Argumentiert wurde dabei damit, dass er als Mitglied der Linksjugend **einer linksextremen Organisation angehört**.

Zum Schluss

Solche Fälle mögen in einem Bundesland, dessen Verfassungsschutz schon nicht zwischen **Antikapitalismus und Linksextremismus differenzieren kann**, wenig überraschend sein. Die Vorgänge sollten aber zu denken geben, ob mehr exekutiv veranlasste Repression wirklich eine adäquate Antwort auf die AfD sein kann. Vieles spricht dafür, dass der Staat sich entscheiden muss: Entweder ist eine Partei so gefährlich, dass ihr nur noch mit einem Verbot beigegeben werden kann. Dann ist der Antrag in einer politischen Auseinandersetzung zu erwirken und vom Bundesverfassungsgericht zu bewerten. Mitglieder dieser Partei könnten dann im Erfolgsfall auch nicht im Staatsdienst verbleiben. Ansonsten wird der freiheitliche Rechtsstaat damit leben müssen, dass Mitglieder einer in vielerlei Hinsicht problematischen Partei nicht ohne Weiteres rechtlich diskriminiert werden können. Das bedeutet nicht, dass es keine Mittel gegen Rechtsextreme im Amt gibt. Anknüpfungspunkt für Maßnahmen sollte allerdings ihr individuelles Verhalten und nicht ihr Parteibuch sein. Das würde wiederum eine kritische Auseinandersetzung mit der Verfassungstreuepflicht voraussetzen – die Radikalenentscheidung des BVerfG bietet hierfür mehr als genug Angriffsfläche.

Cristina Frattone

Anatomy of a Fall

On the Anticipated Withdrawal of the AI Liability Directive Proposal

doi: 10.59704/5f36c068798394a7



On 11 February 2025, the Commission published its [2025 work programme](#) and revealed the likely withdrawal of the [Proposal for an Artificial Intelligence Liability Directive](#) (‘AILD proposal’), citing “no foreseeable agreement” among Member States. The announcement followed the [AI Action Summit in Paris](#), where U.S. Vice President JD Vance criticised the EU’s regulatory stance on AI. Although the U.S. opposition [may have influenced](#) the Commission’s decision, the future of the AILD proposal did not look so bright before the summit.

The AILD proposal, initially approved by the Commission in September 2022, sought to strengthen procedural protection for plaintiffs in non-contractual liability claims against AI providers and users. It introduced mechanisms to compel the disclosure of technical documentation and ease the burden of proof on claimants. Alongside the revised [Product Liability Directive](#) (‘PLD’), the AILD was intended to complement the regulatory framework established by the [AI Act](#) (analysed [here in this blog](#)). By facilitating compensation for harm caused by AI systems, the proposal aimed to reinforce the accountability of AI providers and deployers, ultimately [fostering trustworthy AI](#).

The upcoming withdrawal elicited [mixed reactions](#) in the European Parliament. Notably, members of the Internal Market and Consumer Protection (IMCO) committee expressed [divergent views](#): some welcomed the withdrawal, labelling the proposal as “unnecessary and premature”, while others continued to support the harmonisation of AI liability. Civil society organisations expressed concerns over the anticipated withdrawal in an [open letter](#) to the Commission and advocated for a robust AI liability framework.

This blog post highlights the proposed AILD’s main merits and shortcomings and it explores the implications of its likely withdrawal for EU tech regulation by clarifying the interplay between AI liability rules, the AI Act, and the PLD. [As AI technology impacts several aspects of our lives](#), effective legal redress mechanisms are essential to promote accountability and safety for AI deployment. Conversely, the absence of clear liability rules and the persistence of information asymmetries between victims and companies may discourage litigation and lead to opaque settlements that obscure responsibility. Despite its weaknesses, the AILD proposal was an important initiative to enhance victims’ legal protection and promote the objectives of EU tech regulation. It concludes by considering potential future pathways.

Brief critical remarks on the AILD proposal

Litigation involving technology-related harm often faces considerable legal uncertainty, especially when AI systems are involved (see the Commission’s Expert Group [2019 Report](#)). Due to their inherent complexity, opacity, and vulnerability, AI systems complicate the judicial assessment of core elements of tort law – namely, causation, damage, fault, and duty of care. The fragmentation of tort law across EU Member States leads to significantly different outcomes in compensation claims, depending on national evidentiary rules, definitions of essential elements, and the applicable liability regimes (fault-based, vicarious, or strict).

Against this backdrop, the AILD proposal aims to ease the burden of proof for victims through targeted procedural mechanisms, leaving the determination of liability regimes to Member States. It primarily focuses on one specific element of tort law, namely causation.

Rather than tackling standards of proof or substantive causation rules – [which vary significantly across Member States](#) – the proposal introduces a rebuttable presumption of causation, contingent on the demonstration of the remaining elements of tort (Article 4).

Additionally, national courts can order tortfeasors to release relevant technical documentation if the claimant establishes the “plausibility” of a damage claim (Article 3). Remarkably, the disclosure order can be requested even prior to actioning a liability claim. However, disclosure must be limited to what is “necessary and proportionate”, taking into account trade secrets and confidentiality.

Hurdles related to transparency and explainability in AI litigation are well recognised. Victims frequently face significant information asymmetries, which can be exacerbated by IP rights that shield tortfeasors from information requests. [National courts, data protection authorities](#), and the European Court of Justice (ECJ; [C-634/21 Schufa Holding](#); [C-203/22 Dun & Bradstreet Austria](#)) have addressed these concerns in various disputes involving automated decision-making – with mixed outcomes. Comparisons between the approaches by the German Federal Supreme Court ([BGH 28.01.2014 – VI ZR 156/13](#), granting trade secret protection to the formula of a private company’s credit scoring algorithm) and the District Court of The Hague ([Rechtbank Den Haag, 05-02-2020](#), finding that ethnicity bias in automated risk assessment for targeted social fraud investigation violates Article 8 of the ECHR) illustrate the variability in court attitudes. In this context, the procedural measures introduced by the AILD proposal represent a positive step towards enhancing victims’ access to evidence and redress.

Nonetheless, critics argue that the proposal risks over-regulation. As AI becomes increasingly pervasive ([especially in interconnected IoT environments](#)), the scope of [AI liability rules may expand beyond expectations](#). However, the proposal’s focus on procedural rather than substantive rules arguably mitigates the risk of excessive regulatory reach.

At the same time, the vague wording of key procedural thresholds jeopardises the objective of legal harmonisation. For example, the presumption of

causation for non-high-risk AI systems applies only when proving causation entails “excessive difficulty”. Moreover, the requirement to establish the “plausibility” of the claim for obtaining a disclosure order [risks overwhelming potential claimants](#), thereby undermining the utility of such provision (see [here](#), p. 713). Furthermore, the proposal leaves fundamental substantive questions unanswered, such as the definition of fault, duties of care, or foreseeability in the context of AI-related accidents (see [here](#), p. 171 f.).

Moreover, Recital 15 suggested that the directive’s scope under Article 2(5) did not include damage “caused by a human assessment” when the AI system only provides information or a recommendation to the operator making the final assessment (decision-support system). This provision watered down significantly the directive’s impact since “mere” decision-support systems can still cause significant harm. Human operators may draw strongly on preliminary assessments by AI systems when making final decisions, [failing to scrutinise](#) the automated input effectively. Nevertheless, this pitfall could have been overcome by case law. Drawing on the ECJ ruling in the [Schufa Holding](#) case on profiling (para. 50 of the [judgment](#)), it could have been argued that harm is not “caused by a human assessment” within the meaning of Recital 15 when said assessment has been substantially shaped by information or recommendation provided by an AI system.

The AILD proposal struck a balance between harmonisation and national discretion. Yet, as a compromise instrument, it left numerous critical issues unresolved and contained severe loopholes. Furthermore, harmonising AI liability rules seemed ambitious considering the long-standing difficulty in achieving consensus on [EU tort law](#), which includes piecemeal provisions and does not constitute a comprehensive normative framework.

Implications of the AILD proposal’s anticipated withdrawal for EU technology regulation

The withdrawal of the AILD must be assessed in light of the existing regulatory landscape. The [AI Act](#) focuses essentially on ex ante safety measures and

post-market surveillance. Yet, despite compliance with safety requirements, accidents may still occur, making effective ex post remedies critical to promoting public trust in AI. Sanctions under the AI Act may not sufficiently prompt responsible innovation, as the AI Act does not provide individuals with actionable rights beyond the right to explanation and the right to lodge complaints with market surveillance authorities (as pointed out [here](#)).

Thus, AI liability rules are meant to incentivise compliance with the AI Act. Liability rules are indeed intimately intertwined with safety legislation. Obligations under the AI Act and related [AI standards](#) provide benchmarks for judicial assessments of fault and duties of care under national tort law (as explained [here](#) at p. 233). Therefore, liability can be a catalyst of responsible innovation.

In this respect, the [revised PLD](#) marks a significant step by incorporating software into the legal definition of “product”, thereby extending product liability to non-tangible AI systems. Still, the PLD regime applies alongside national tort law. The former covers only certain types of harm – personal injury, property damage, and data loss – excluding infringements of personality rights and pure financial loss. Moreover, it does not include damage to commercially (as opposed to privately) used property. It also provides a “state-of-the-art” defence shielding manufacturers from liability for unknown defects that could not be discovered through the scientific and technical knowledge available when the product was placed on the market or put into service. In such cases, national tort law may step in, making the procedural alleviations envisaged by the AILD proposal particularly valuable.

From a business perspective, harmonising liability rules would reduce compliance costs inflated by legal uncertainty and favour cross-border commerce. Yet, the AILD proposal was limited to procedural measures without altering substantive liability rules, making the support of national tort law experts still essential for companies. Hence, it would have impacted victims more positively than business actors. Consequently, its withdrawal also affects victims more than businesses.

Prospects and alternative approaches

The European Parliament or the Council could challenge the Commission’s withdrawal decision before the ECJ. However, unless the withdrawal decision lacks adequate justification, the Court would likely uphold it based on prior case law (see the ECJ [ruling](#) in C-409/13 Council v Commission).

Nevertheless, the Commission has not formally withdrawn the proposal yet and [has signalled](#) the possibility of introducing a new legislative initiative. One alternative could entail adopting a regulation instead of a directive (as suggested by [Hacker](#)). Another possibility would be to expand harmonisation by regulating [liability regimes](#) for AI providers and users, in addition to, or as a replacement for, procedural rules. However, the top-down harmonisation of liability regimes [interferes significantly with national laws](#). A more tailored, [sector-specific regulation](#) of liability based on particular use cases may offer a more feasible path, aligning with both existing [EU tort law](#) and the AI Act’s risk-based classification (as suggested [here](#) and [here](#)).

The European Parliament’s 2020 [Resolution on civil liability for AI](#) already recommended harmonising liability regimes through a two-tiered system: strict liability for high-risk AI systems and fault-based liability for operators of other systems. However, imposing strict liability on all front-end users of high-risk AI systems, including non-expert users, may prove [disproportionate](#).

The material scope of future liability legislation could also be expanded beyond AI to encompass all software. Non-sophisticated technologies falling outside the AI Act’s definition of AI systems may still cause significant harm and pose comparable evidentiary challenges.

Finally, [the AILD proposal has been criticised for lacking robust scientific and empirical foundations](#) (see pp. 34 ff.), [similar to the AI Act](#). A more interdisciplinary regulatory approach, by increasing the involvement of domain-specific experts such as computer scientists, could arguably enhance the quality and relevance of future legislative proposals.

Alberto Alemanno

Text Messages, Transparency, and the Rule of Law

Pfizergate and the Fight for Institutional Accountability

doi: 10.59704/bf35b87372bded80



On 14 May 2025, the General Court of the EU ruled in favour of The New York Times in the much-awaited [Pfizergate case](#), annulling the European Commission's decision to withhold the SMS text messages presumed to have been exchanged between EU Commission President von der Leyen and Pfizer CEO Albert Bourla.

While presented as another case concerning document access, potentially illuminating the informal negotiation process behind COVID-19 vaccine contracts and the management and archive of texts and other instant messages, this judgment largely defies this expectation. Despite offering a rare opportunity to provide a modern interpretation of the 25-year-old Regulation 1041/2001 to reflect contemporary communication practices (including ephemeral digital exchanges) and the post-Lisbon constitutional framework ([requiring](#) greater legislative transparency), the Court avoided addressing the New York Times' arguments through this regulatory lens. Instead, invoking judicial economy, the Court based its decision exclusively on the Charter of Fundamental Rights – specifically Article 41 (the right to good administration) – rather than on the procedural obligations outlined in the Regulation, as the complainants had argued.

This can plausibly be interpreted as a major rebuke of the Commission's conduct. As such, the judgment may go down in history as the first ruling holding an EU Commission President and her administration directly accountable to 450 million citizens. It also stands as a powerful demonstration of how the "rule of law" is upheld by an independent court upon the demand of a well-functioning media system.

However, by avoiding an explicit determination of the institution's legal obligations in terms of records management and archives in relation to SMS-text and other ephemeral digital contents, the judgment proved little prescriptive regarding the Commission's obligation to rectify its violation of the good administration principle, and its corollary, that of institutional accountability. This, in turn, risks confining the ruling's practical effects *pro futuro*, by largely leaving the EU Commission and its President off the hook regarding past – and potentially future – conduct.

The genesis

The genesis of this case stems from the negotiation of multi-billion euro COVID-19 vaccine contracts between the European Commission and pharmaceutical companies, particularly Pfizer. Reports emerged suggesting that crucial communication during these negotiations, specifically between European Commission President Ursula von der Leyen and Pfizer CEO Albert Bourla, took place via text messages (the NYT [reported](#) "For a month, Ms. von der Leyen had been exchanging texts and calls with (...) the chief executive (...)"). Investigative reporters, such as [Alexander Fanta](#), became interested in these exchanges, recognizing their potential to offer important insights into how these controversial, multi-billion euro deals were made on behalf of EU citizens during a public health emergency. One such request was made by [Matina Stevi](#), a journalist employed by The New York Times, on 11 May 2022. However, the European Commission refused these requests by stating that it did not hold the requested documents and claimed they were not

archived. They also argued that they lacked substantive content or were “short-lived”. They noted that according to their internal rules ([Commission Decision 2021/2121](#) on records management and archives), documents are only registered if they contain important, non-short-lived information or involve action or follow-up – a rather questionable practice (due to the selective and largely unaccountable nature of these self-imposed rules) when examined against the principle of good administration, and, more specifically, that of institutional accountability. Following the Commission’s refusal decision of 15 November 2022, the NYT company and Matina Stevi, who had previously reported on the personal diplomacy between von der Leyen and Bourla, filed a lawsuit with the General Court. The applicants sought the annulment of the Commission’s contested decision to refuse access to the text messages. This legal action aimed to challenge the Commission’s stance and uncover the messages, driven by a broader principle of transparency and accountability regarding the actions of high-ranking officials, especially concerning digital communications. The case, sometimes referred to as “Pfizergate”, became a high-profile challenge to the Commission’s transparency standards.

Court findings

The General Court dismissed virtually all arguments invoked by the European Commission, starting from those relating to the admissibility of the complainants’ legal action. It rejected the Commission’s arguments challenging the standing of the NYT company’s legal action (finding the action admissible based on Ms. Stevi’s standing); its contention that interview transcripts submitted late by the applicants were inadmissible (finding the delay justified in the circumstances); and its claim that the applicants’ argument regarding the rebuttal of the presumption of veracity was a new, inadmissible plea introduced late.

The same is true when it comes to the merits of the case.

Presumption of non-existence

The Court first recalled that *all* documents of the institutions should be accessible by default to the public, and then offered a standard application of the [Dehousse](#) line of interpretation of the Access to Documents Regulation. Under such an established case-law, when an EU institution – such as the Commission in the present circumstances – claims that a document does not exist, that statement is presumed to be truthful. However, this presumption can be overturned if the applicant provides sufficiently credible and consistent evidence. The Court found that the applicants had done exactly that – citing press reports and public statements that convincingly demonstrated the likelihood that the text messages did exist. As a result, the Court concluded “*the applicants have succeeded in rebutting the presumption of non-existence and, consequently ... of non-possession of the requested documents*” (para 58).

Failure to provide plausible explanation

Once the court had accepted the plausibility of the text messages’ existence, the legal burden shifted to the Commission to explain why the documents could not be found. From that point onwards, the Commission was required to provide specific, verifiable details about its search efforts, which would enable both the public and the Court to understand why the texts could not be located. Instead, the Commission merely stated that a “renewed, thorough search” had been conducted. However, it failed to explain the *scope*, *method*, or *results* of this search. It did not clarify whether the relevant phones had been examined, whether deletion occurred, or whether backup systems were consulted. The Court found this response wholly inadequate and lacking in transparency. It ruled: “*the explanations given by the Commission ... do not suffice to provide a credible explanation of why those documents could not be found*” (para 68).

Lack of record-keeping and registration

The Commission claimed it did not hold the requested text messages because, under its internal rules, only

documents containing “important” and “non-short-lived” information are registered and preserved. On that basis, it argued that the messages did not meet the threshold for retention. However, the Court found that the Commission failed to explain why it considered text messages concerning COVID-19 vaccine negotiations – a matter of public interest and political significance – as not sufficiently important to warrant registration. Ultimately, it failed to provide any rationale for why these exchanges were excluded from the record-keeping system.

The Court firmly rejected the Commission’s reasoning, concluding that such texts clearly related to high-level decision-making and – as such – should have been registered and retained: *“the Commission cannot rely solely on the absence of registration in its system for managing the requested documents to establish that it did not hold those documents, without any other explanation”* (para 83).

A pyrrhic victory for EU accountability in relation to its leaders’ ephemeral exchanges?

In response to the ruling, the Commission stated – in line with Article 266 TFEU (requiring institutions “to take the necessary measures to comply with the judgment of the Court of Justice”) – that it would “now closely study the General Court’s decision and decide on next steps. To this effect, the Commission will adopt a new decision providing a more detailed explanation.” Yet one may reasonably question *whether, how, and by whom* this judgment will be rendered enforceable on the EU Commission, after the latter has been systematically declaring that the SMS messages either do not exist or are not in its possession – and the fact that it has, thus far, faced no real consequences for this position. And that despite the request by the [EU Court of Auditors](#) and recommendation of the [EU Ombudsman](#). Indeed, as highlighted by the General Court – based on the complaints’ observations –, the Commission has to date “not provided (to the EU Court of Auditors in the framework of the special report on the procurement of vaccine) any information on the preliminary negotiations for the abovementioned contracts, such as the timing of the talks, the

records of the discussions and the details of the terms and conditions agreed” (para 55). Likewise, the Commission also failed to follow the EU Ombudsman’s [recommendation](#) “to search again for relevant text messages, making it clear that the search should not be limited to registered documents or documents that fulfil its recording criteria” upon Alexander Fanta’s complaint as well as the recommendations stemming from the [Ombudsman’s strategic initiative](#) on texts and instant messages’ registration.

In these circumstances (and assuming this judgment will likely not be appealed), the most [probable](#) segue of this judgment will not be a disclosure of information to the complainants (ultimately, what information will Matina Stevis eventually get from the Commission?), but a revision and reorganization of its internal working methods covering not only the EC staff but also the Members of the Commission, not to mention those in use across all EU institutions, bodies and agencies of the Union. Albeit indirectly, this judgment put into question the legality of the entire EU Commission’s policy and practice of records management and archives – that is, [Decision 2021/2121](#) on records management and archives – in light of the principle of good administration, and its corollary of institutional accountability. Under Article 15.1 of Regulation 1049/01 (administrative practice in the institutions), “the institutions shall develop good administrative practices in order to facilitate the exercise of the right of access guaranteed by this Regulation”. Yet, as rhetorically asked by [Emilio de Capitani](#), will the interinstitutional committee – foreseen by the same provision (but never convened) – discuss the impact of this ruling? This appears unlikely despite this obligation having been further strengthened over time by Article 41 of the Charter (right to good administration) and the Lisbon Treaty (e.g. Article 298 TFEU on the implementation of the principle of good administration).

From this perspective, the enthusiasm generated by this judgment appears to be tempered by its limited judicial impact, which is not only largely confined to the future, but also contingent on the political will of the same institutions and their leaders. To illustrate

the limited political desire for reform, it is worth noting that the EU Commission has not only decided to withdraw the revision of Regulation 1049/01 – amended by the EU Parliament on 15 December 2011 in light of the Lisbon Treaty –, but that the EU Parliament has also recently [accepted](#) this withdrawal.

With the exchange of ephemeral digital content becoming the “bread and butter” of EU political leaders’ daily communications – at a time of unprecedented cyber security attacks and foreign influence efforts –, will the EU administration ban this medium, limit its use to “unimportant” issues, or proactively upgrade its policy on the use and archiving of these tools?

In line with the [Security Union Strategy](#), the European Commission recently proposed the creation of a [minimum set of rules on information security](#) across all Union institutions and bodies, which will trigger mandatory and high common standards for the secure exchange of information. This initiative, which builds upon the outdated Access to Documents Regulation, represents the engagement of the institutions and bodies to set within the European administration the same level of ambition in the field of security as required from the Member States.

Regardless of whether this proposal is adopted or other reforms are enacted, the principle of good administration requires EU institutions, bodies and agencies to guarantee the *security* of the information they handle and store on a daily basis when dealing with European citizens’ affairs. This is precisely what the EU Ombudsman recalled all EU institutions to do when she concluded, in her [strategic initiative](#) on texts and instant messages, that: “whether to record or not a certain piece of information in the administration’s document management system should not be dependent on the medium – be it a letter, an email, a text or instant message – but on its content”.

As such, the judgment in the case of the NYT vs the Commission comes as a timely reminder to all EU institutions of the urgent need to not only align their Access to Documents Regulation to the modern electronic communication used in their daily work, but also to urgently develop adequate record-keeping rules

and practices with regard to these methods of communication within the EU administration.

Ultimately, the enforcement of this judgment, with regard to both past and future conduct, remains in the hands of EU leaders, who are influenced by the dominant political culture across the Union and the public scrutiny exercised by civil society and broader public discourse.

The fight for institutional accountability is set to continue alongside the Union’s rapid expansion of its influence over its citizens, as this has not yet been matched by an equivalent increase in democratic opportunities.

Lorin-Johannes Wagner

Fury and Surprise Anchored in Dogmas and Myths

Reflections on Commission v. Malta and its Discontents

doi: 10.59704/52ed07d8d8bab3be



The Court of Justice's judgment in *Commission v Malta* has created quite some upheaval: The gasping and panting has been clearly discernible in the blogosphere in the wake of the ECJ's judgment against Malta's golden passport scheme. The immediate reactions to the judgment can be broadly divided into two groups: there are [those who oppose](#) the judgment and cry foul against the intrusion into the *domaine réservé* of Member States, and [those who have](#) defended the judgment on principled grounds. However, all seem to be surprised by the judgment.

That the judgment has caught so many legal commentators wrong-footed can be attributed to the fact that both sides overwhelmingly come from the premise that Member States are sovereign to decide who their nationals are and that there is no such thing as a genuine link requirement for nationality. The anchors for these certainties have been [Declaration No 2](#), the [Edinburgh Decision](#), [Micheletti](#) and the assertions that the ICJ's *Nottebohm* judgment is [outdated](#), [dead-letter](#), and most of all [wrong in principle](#). The first group's hostility to a verdict that capitalizes on the idea that nationality is a bond that builds on a special relationship of solidarity and good faith between a State and its nationals and the reciprocity of rights and duties (para 96), i.e. a genuine link (paraphrasing [Nottebohm](#), p 23), was therefore to some extent predictable.

For this reason, this blogpost will take a closer look at these alleged certainties, and set out why the judgment is [not that surprising at all](#) – lifting the veil of untenable dogmas and mystifications that have

surrounded Declaration No 2 and the Court's *Micheletti* judgment for too long along the way.

Debunking the sovereigntists' dogma of Declaration No 2

A central argument levied against the judgment is that the Court established its understanding of nationality out of thin air without a proper legal basis and thereby abandoned the long-standing dogma that "the question whether an individual possesses the nationality of a Member State shall be settled solely by reference to the national law of the Member State concerned." The principal points of reference for this dogma are Declaration No 2 and the Edinburgh Decision. They are only briefly touched upon in the judgment (para 80). Nonetheless, they provide the foundation for the Court's recollection of its case law, that "it is for each Member State, having due regard to international law, to lay down the conditions for the grant and loss of the nationality of a Member State, those powers must be exercised having due regard to EU law" (para 81). This sets the scene for the seemingly unprecedented.

However, neither Declaration No 2 nor the Edinburgh Decision form part of the Treaties. They are merely interpretative instruments (*Rottmann*, para 40). Their normative substance can therefore only relate to an interpretative dogma read into the substantive provision of Article 20 TFEU. Moreover, the content of these instruments is in principle a statement of the obvious. In line with Article 1 of the [Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law](#) and Article 3(1) [European Convention on Nationality](#), the nationality of a State has always

been determined by national law. Declaration No 2 and the Edinburgh Decision thus only underscore that the notion of nationality in EU law (in principle) reflects the understanding of nationality in international law. Relying on the word “solely,” the sovereigntists – and the furious ones in particular – have characterized Declaration No 2 as a normative reflection of Member States’ fear that the Court could develop an autonomous interpretation of the notion of nationality.

But why, you might ask, has it not been enshrined in primary law given the Court has repeatedly demonstrated its willingness to [interpret the fundamental status](#) of EU law in an autonomous way? This seems all the more bewildering when considering that Decision No 2 is reflecting a common understanding by all Member States that – just like the second sentence of the Edinburgh Decision – could have easily been inserted into the text of Article 20 TFEU.

Declaration No 2 and the Edinburgh Decision are thus better understood as a reflection of the Member States’ interest to assure themselves of their common understanding of the notion of nationality: an interpretative means between the drafters of the Treaties to establish that the scope of the Treaties *rationae personae* cannot be extended beyond the meaning of nationality as agreed between them. An interpretation, to be more precise, that points towards an inherently limited understanding of the notion of nationality primarily directed against excesses by other Member States, and not so much against an alleged competence creep by the EU through an autonomous interpretation.

Woven into this is the fact that Member States have always been acutely aware of the intricacies surrounding the nationality laws of their peers. In this regard, the second sentence in Declaration No 2 – allowing Member States to declare via the presiding Member State in the Council “for information, who are to be considered their nationals for Community purposes by way of a declaration” – highlights not only the interest in understanding the complexities of nationality regimes (see [Kaur](#), para 23), but also underscores a practice under which Germany and the UK have embraced the limited understanding of national-

ity in EU law through respective declarations (see further [here](#)). Already on this basis it can be inferred that a passport of a Member State alone is not necessarily enough to be considered a national of a Member State from the point of EU law. Malta’s golden passport nationals in this respect resemble the case of Ms Kaur. Nationals from the point of view of national law – maybe even international law – but nationals who by design have no stake in the society of their home Member State. As such, from the point of view of EU law, they lack “the bedrock of the bond of nationality of a Member State [...] formed by the special relationship of solidarity and good faith between that State and its nationals and the reciprocity of rights and duties established” (para 96 f) on which nationality as the basis of Union citizenship is premised. Malta has subverted this common conception of nationality and sought to commercialize the common status of Union citizenship.

Limited sovereignty

Rather than establishing a normative basis for Member States’ unfettered sovereignty that protects them from interferences of EU law, Decision No 2 and the surrounding practice support a conception of nationality in EU law that goes against the dogma that nationality is what any Member State makes of it. This, as the Court has outlined (paras 85 ff), is underpinned by a constitutional logic whereby Member States have created a legal order in which they collectively assume rights and obligations in relation to the nationals of other Member States. To this end, they cannot easily disassociate themselves from the nationality rules and operations of other Member States. This “specific expression of [...] solidarity”, as the Court put it (para 93), entails not only the reciprocal acceptance of nationality as the constitutive basis for Union citizenship, but that the power to lay down the conditions for the loss and conferral of nationality is not “unlimited” (para 95).

Furthermore, and in contrast to the dogmatic characterization that is attached to Declaration No 2, the Court has not changed the fact that the nationality of a person is and still can only be determined through

the operations of national law. Although the Court's judgment has implications for Malta and beyond, the nationality of those golden passport holders will not, neither through the judgment nor through EU law in general, be rendered null and void. For Malta there is "only" an obligation to follow-through on the judgment (and, by extension, a permission for other Member States – on a case-by-case basis – not to recognize these holders of golden passports as Maltese nationals and Union citizens). The assertion that EU law is taking over and is now itself determining who the nationals of its Member States are, is therefore simply wrong. The judgment simply highlights – [oncemore](#) – a limitation to the sovereignty of Member States they themselves agreed to when creating and joining the integrative constitutional enterprise that the European Union is.

In sum, the dogma that Declaration No 2 – and the Edinburgh Decision – establish an absolute boundary that the Court with this judgement has transgressed is just legal hocus-pocus.

The de-mystification of *Micheletti*

The other aspect both sides have focused on is the significance of the *Micheletti* judgment. *Micheletti*, established an – again ostensibly absolute – obligation for Member States to recognize the nationality of other Member States, prohibiting them from attaching any additional conditions (*Micheletti*, para 10). Though the judgement against Malta does not say anything about the recognition of the nationality of Maltese golden passport holders, this is, for obvious reasons, a major concern for Malta and the passport business industry lurking in the background.

The argument levied against the judgment is twofold: in *Micheletti*, the Court not only established an obligation to recognize nationality, but did so in a case where Mr Micheletti, an Argentine-Italian national, had acquired his Italian nationality on the basis of a *ius sanguinis* regime, but beyond his ancestral relations had no tenable connections with Italy. This – not least by AG Collins in his [Opinion](#) (see para 48) – has been [equated](#) with a rejection of the genuine link conception and an obligation to recognize

all sorts of nationalities. The Court, in taking up and paraphrasing the ICJ's genuine link conception (*Nottebohm*, 23), seems to have undone this by the stroke of a pen. And it seems to have done so without any explanation.

Yet, this reading of *Micheletti* is the product of a mystification process, and overlooks that the obligation to recognize nationality has always been subject to two caveats. The first sentence of the central paragraph 10 in *Micheletti* is instructive: "Under international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality." This posits an obligation of having due regard for EU law, [which speaks to the limited conception of nationality](#) within EU law. Moreover, the reference to international law suggests that for nationality to be recognized under EU law, it must be awarded in line with international law. A more explicit form of this latter obligation is not only part and parcel of the judgment against Malta, but can also be found in prior judgments, stating that "it is for each Member State, **having due regard to international law**, to lay down the conditions for acquisition and loss of nationality" (para 81, and *Tjebbes* para 30 [emphasis added]). Recognition of a nationality under EU law, hence, presupposes that the nationality conforms with international law and therefore must be recognized as a matter of international law (see Article 1 Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law and Article 3 (2) European Convention on Nationality).

For the specific context of Mr Micheletti, this suggests that his nationality had to be recognized because it was uncontentious that nationalities conferred on the basis of a *ius sanguinis*-approach conform with generally recognized rules of international law. Moreover, from the approximative point of law establishing Mr Micheletti's nationality at the time of birth, he has had a genuine connection with Italy (see further on this point [here](#) and [here](#)). By contrast, the conferral of a nationality solely based on a financial transaction is not an accepted mode of conferral in international law and thus cannot be considered a testament of a genuine link.

A validation of *Nottebohm*

Although it is true that the Court did not explicitly reference *Nottebohm*, the judgment against Malta is a validation of *Nottebohm*. A validation, though given in the context of the European Union, that delves into the very nature of nationality as a status under international law (see para 96) and thus has implications beyond the confines of EU law.

In EU law the effects of the judgment, however, go further than under international law. Rather than leaving the field with an auxiliary right not to recognize as in *Nottebohm*, the requirement to conform with a common obligation under EU law – i.e. the conception of nationality inherent in Article 20 TFEU – takes center stage. EU law, in short, has more bite. Indeed, because of its constitutional nature, it must have more bite to secure mutual trust, which translates into mutual recognition, reciprocal rights and a common political enterprise whereby the nationals of other Member States are engaged in a political process of determining the rules and laws that operate as an inherent part of the legal system in other Member States and vice versa (see para 85 ff).

The judgment, to be sure, is therefore neither overturning *Micheletti* nor, and this is the more important point, was *Micheletti* ever what those who mystified it in a certain way, claimed that it was.

Much of the criticism and surprise about the judgment against Malta thus seems to stem from narratives that have turned into dogmas and myths that are not in fact supported by the law.

Post scriptum: choose your fighter

And finally, for the furious few who have condemned the judgment as being illiberal and the Court for attacking the rule of law: I suggest simply comparing the consequences of the Court's case law on nationality with the 'liberalised' passport policy epitomised in Malta's selling scheme. On the one hand, the Court's policy that subjects Member States to external control in an area that was previously untouched, obliging them to justify their nationality policies in light of fundamental rights and common values. On the other

hand, a neoliberal policy of passportisation abound with claims of corruption, money laundering, tax evasion, support for autocratic regimes and embezzlement, paving the way for a truly "liberated" instrumentalisation of nationality under the dogma of sovereignty.

Life is not just black and white. Nor are the judgments of the Court. But to argue that the latter policy must be preferred over the former on a principled point of liberal values and the rule of law does indeed require some Chutzpa.

Luke Dimitrios Spieker

It's Solidarity, Stupid!

In Defence of *Commission v Malta*

doi: 10.59704/1c01a5b4a98d6cb3



Few cases have triggered as stark reactions as *Commission v Malta*. In the ruling's aftermath, many legal scholars and practitioners were quick to discard the decision. Guillermo Íñiguez noted a "particularly weak" legal reasoning. If it were one of his students, Steve Peers writes, the Court "would get nowhere near a 2:1" on an EU law exam. Also Martijn van den Brink finds the Court's reasoning "profoundly maddening and mind-bending", prioritising "political expediency over solid legal argumentation." Similarly, Henley & Partners condemned the judgment as being "politically motivated" confirming "serious concerns about the increasing politicization of the EU's legal institutions" – surprise, surprise. Dmitry Kochenov even sees the ruling as a new step leading the Union down the path of illiberalism.

Was *Commission v Malta* thus one of those instances where "hard cases make bad law"? A *hard case* it was for sure. From the outset, the Court found itself in a catch22. The EU's political institutions – Commission and Parliament – had condemned the Maltese investment citizenship scheme for years. Moreover, media and NGOs revealed corruption, abuses and security issues. The legal framework, however, was thin, EU standards for the conferral of a Member State's nationality missing. As such, important voices in the literature argued for dismissing the action – "anything else would be a constitutional outrage."

Has this hard case made *bad law* then? While the ruling is bold, innovative, and goes far beyond established precedent, the Court's reasoning remains brief, ambiguous, in some parts even obscure and sibylline. Yet, most of the Court's "great" judgments have left room for interpretation. No doubt, *Commission v Malta*

will be subject to many, very different, affirmative or critical interpretations. In the following, I will provide one – of several possible! – readings, which seeks to square the ruling with constitutional reasoning. At its heart, the ruling hinges on the value of solidarity and embraces a republican understanding of citizenship. In this spirit, the judgment is an expression of the Court's larger turn to the Union's common values in Article 2 TEU and may foreshadow further rulings, especially in the upcoming decision on LGBTIQ rights violations in Hungary.

General configuration: transforming the relationship of nationality and Union citizenship

With *Commission v Malta*, the Court has submitted the acquisition of a Member State's nationality – *abstractly* – to requirements under EU law. *Concretely*, the Court locates a limit for the conferral of a Member State's nationality in the "very nature of Union citizenship". The Member States may not exercise their prerogatives in a way that is "manifestly incompatible" with that nature (para. 95).

Relying on thick precedent, the Court starts by stressing that it is for each Member State to lay down the conditions for the grant and loss of its nationality. Still, when exercising these powers, they must have "due regard to EU law" (para. 81). So far, these limitations, such as proportionality requirements, concerned only the loss of nationality and Union citizenship. The grant of a Member States' nationality, however, remained beyond the reach of EU law. After first indications in *Wiener Landesregierung, Commission v Malta* breaks new ground in this respect.

The Court arrives at this conclusion in two steps. First, it stipulates that "nationality of a Member State

is formed by the special relationship of solidarity and good faith between that State and its nationals and the reciprocity of rights and duties” (para. 96). As such, the Court seems to develop an *autonomous interpretation* of the notion of “nationality” under Article 20(1) TFEU, which stipulates that “every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union”. Yet, the Court does not stop there. In a second step, it turns this notion of “nationality” into a *legal requirement*. “Nationality” under Article 20(1) TFEU requires the existence of a “special relationship of solidarity and good faith”. The Member States may not manifestly deviate from this EU conception of “nationality”, as a precondition for Union citizenship under Article 20(1) TFEU.

This is surprising, to say the least. Usually, the Court employs an autonomous interpretation, when EU law “makes no express reference to the law of the Member States” (see e.g. Case C-356/21, [TP](#), para. 34). Article 20(1) TFEU, however, refers to the “nationality of a Member State” – and thus the Member States’ nationality laws. Pursuant to [Declaration No. 2](#), the question of whether an individual possesses the nationality of a Member State “shall be settled solely by reference to the national law of the Member State concerned.” On that basis, the prevailing view is that the Treaties establish a “[primacy of nationality over European Union citizenship](#)”.

In *Commission v Malta*, the Court seems to reconfigure this relationship: while Union citizenship continues to depend on the Member States’ nationalities, Article 20(1) TFEU imposes – through an autonomous, EU specific notion of “nationality” – obligations on the Member States’ nationality laws. This is certainly a stretch, going to the margins of admissible “*Rechtsfortbildung*”. Still, Declaration No. 2 is not legally binding. It cannot prevent the interpretation of constitutional provisions of primary law in the face of new challenges. The Treaties are a “living instrument” after all.

Concrete requirement: the genuine link in disguise

What do these requirements flowing from Article 20(1) TFEU for the grant of nationality consist of concretely?

According to the Court, a Member State may not manifestly disregard the requirement of a “special relationship of solidarity and good faith” (para. 99). How can we understand this “special relationship of solidarity and good faith”? Many, like [Guillermo Íñiguez](#), have argued that the Court has abandoned the genuine link concept raised in the Commission’s plea. Indeed, the notion is nowhere to be found in the ruling’s main part. In any case, [Martijn van den Brink](#) notes that the genuine link argument was irrelevant to the case, as [Nottebohm](#) concerned the recognition of nationality, not its acquisition.

I disagree with this assessment. For one, the Court refers to nationality as a “special relationship of solidarity and good faith”. The German version speaks of a “*besonderes Verbundenheits- und Loyalitätsverhältnis*” as opposed to a “*echte Bindung*”, the French one of a “*rapport particulier de solidarité et de loyauté*” as opposed to a “*lien reel*”. Moreover, if we move to the Court’s review of the Maltese scheme, it ascertains a lack of any examination of “the existence and extent of an applicant’s ties with the Republic of Malta” (“*Verbindungen*” or “*liens de rattachement*”) (para. 116). What is this, if not a genuine link?

Further, the genuine link seems relevant to the case. As Ferdinand Weber and I argued [elsewhere](#), it constitutes a general principle of public international law, namely an expression of the prohibition of abuse of rights. As such, it can be integrated into the EU legal order, leading to an interpretation of primary law in light of international law. This is not new. The [Court](#) has interpreted Article 21(1) TFEU in light of customary international law before. Certainly, *Nottebohm* and the genuine link pose limits to the *recognition* of nationalities, not their *acquisition*. Still, that does not necessarily render the concept irrelevant for this case.

First, Union citizenship emerges from an interaction of two legal orders – EU and national. Pursuant to Article 20(1) TFEU, any “person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union”. Following the Court’s reasoning outlined before, Union citizenship seems to require a certain form of “recognition”, namely of a Member State’s nationality for the purposes of Union citizenship. Second, we do not know

what flows from the incompatibility of the Maltese investor citizenship scheme with EU law: does it limit the acquisition of Maltese nationalities in the first place? Or does it limit only the acquisition of Union citizenship? Or is it a limit on the recognition by other Member States? The latter two could easily be seen as a form of “non-recognition” in case of an abusive practice and thus be reconciled with *Nottebohm*’s genuine link.

Underlying reasoning: it's solidarity, stupid!

How does the Court justify the requirement of a “special relationship of solidarity and good faith”? In my view, the central consideration is the value of solidarity in Article 2 TEU. The Court recalls that Union citizenship enriches nationalities with a bundle of rights vis-à-vis the Member States, including free movement, equality, and political rights (Articles 18, 21, 22 and 24 TFEU).

After outlining the full range of rights associated with Union citizenship (paras. 85-90), the Grand Chamber states that Union citizenship is “*thus*” – “*somit*” or “*ainsi*” – “one of the principal concrete expressions of the solidarity” (para. 93). And indeed, the previously mentioned rights of Union citizens require mutual solidarity among the Member States. This observation is not new. As Advocate General [Cruz Villalón](#) noted, Union citizenship is “founded on the existence of a community of states and individuals who share a ... commitment to solidarity”. By acquiring the nationality of a Member State “an individual is introduced into that community of ... solidarity”. Even if the legislature and the Court have [restricted](#) some of these rights for economically inactive persons, Union citizens remain subject to a far more favourable regime than third-country nationals.

Such solidarity, however, needs a stable basis. Following the Commission’s plea (para. 50), the Court takes the view that this solidarity requires a link with a Member State society: “the special relationship of solidarity and good faith between each Member State and its nationals ... *forms the basis* of the rights and obligations reserved to Union citizens by the Treaties” (para. 97). Later on, the Court stresses that

the “special relationship of solidarity and good faith” is “*justifying* the grant of rights resulting, in particular, from Union citizenship” (para. 101).

Such an understanding, that solidarity is based on a certain form of belonging, finds support in conclusions by Advocate General [Capeta](#). She observed that “solidarity is usually based on belonging to a community, ... which allows for the exclusion of those who are not members of the community, given that burden sharing with them is perceived as unreasonable.” Along these lines, the belonging to European society is a central precondition for solidarity between the Member States and Union citizens. The genuine link can be understood as an expression of this belonging. This also explains, why the Court underlines that “Union citizenship is based on the common values contained in Article 2 TEU” (para. 95) – precisely: solidarity in Article 2 TEU!

Theoretical basis: embracing a republican understanding of Union citizenship?

Unlike [Dimitry Kochenov](#), I don’t understand the “special relationship of solidarity and good faith” as an identitarian coup against Union citizenship, mimicking the “petty nationalisms” of some of its Member States. By connecting Union citizenship to solidarity, which requires a certain belonging to the respective society, the judgment seems to embrace a republican understanding of citizenship, as [Anja Bossow](#) has already indicated.

Generally, we may distinguish between [liberal and republican conceptions](#) of citizenship. Liberal conceptions understand citizenship as a formal legal status that establishes certain rights. Obligations of citizens remain rather thin (i.e. obeying the law or paying taxes). Republican conceptions, by contrast, define citizenship in thicker terms. Following this account, citizens are more than consumers: they are active members of a political community. While liberal conceptions focus on status and rights, republican conceptions emphasise activity and duties.

A more demanding, republican understanding of citizenship requires something that goes beyond a mere legal form: it requires commitment. This under-

standing aligns well with a Union that is founded on the values enshrined in Article 2 TEU, which Armin von Bogdandy has read as a “[republican manifesto](#)”. In this spirit, the Court emphasises that “Union citizens participate directly in the democratic life of the European Union”. Hence, the “exercise by the Member States of their power to lay down the conditions for granting their nationality has consequences for the functioning of the European Union as a common legal order” (para. 89).

Such a commitment can be expressed in many forms: residence, family ties, certain achievements in the public interest (be it athletic, scientific, or societal), or any other stakes in the respective society. Ultimately, the Court leaves it to the Member States to define the conditions for a “relationship of solidarity and good faith”. They have “broad discretion in the choice of the criteria to be applied” (para. 98). The Court merely draws a red-line, which should not be crossed: commercialisation of citizenship does not comply with republican citizenship.

Ruairi O'Neill

The Silent Engine of European Citizenship

doi: 10.59704/baab1d27969e0426



In its ruling on 29 April 2025 in [Case C-181/23 *Commission v Malta*](#), the Grand Chamber held that Malta's investor citizenship scheme, which grants Maltese nationality in exchange for predetermined payments or investments, was contrary to EU law. Although the judgment has been criticised (perhaps not without reason) for its lack of doctrinal foundation (e.g. see van den Brink's analysis, [here](#), and Peers, [here](#)), it does demonstrate that the EU principle of mutual trust has constitutional character and is normatively capable of challenging national administrative mechanisms, such as the Maltese naturalisation scheme, that are incompatible with the values in Art. 2 TEU.

EU citizenship is based on mutual trust

Following what an esteemed former Advocate General has described as “the usual verbal sludge”, paragraphs [93 to 101](#) of the judgment tackle the relationship between the Maltese scheme and the requirements of EU law. The key reasoning of the Court can be found in paragraph 99 of the judgment, which should be repeated here in full, given the extraordinary nature of what the Court is saying:

‘However, a Member State manifestly disregards the requirement for such a special relationship of solidarity and good faith, characterised by the reciprocity of rights and duties between the Member State and its nationals, and thus breaks the mutual trust on which Union citizenship is based, in breach of Article 20 TFEU and the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4(3) TEU, when it establishes and implements a naturalisation scheme based on a transactional

procedure between that Member State and persons submitting an application under that programme, at the end of which the nationality of that Member State and, therefore, the status of Union citizen, is essentially granted in exchange for predetermined payments or investments.’

With this paragraph, the Court has taken its own understanding of the bond between a country and its citizens as being a special relationship of solidarity and good faith ([para. 96](#)) and infused it into Art. 20(1) TFEU to form the “basis of the rights and obligations reserved to Union citizens by the Treaties” ([para. 97](#)). It then proceeded to refer to transactional naturalisation within the EU as manifestly disregarding this relationship.

Even more fundamentally, however, it held that Union citizenship is based on mutual trust, which is “called into question” when a Member State is required to recognise the rights of a Union citizen who acquired their EU citizenship under the scheme ([para. 101](#)).

This judgment, somewhat unusually, expressly deviates from the Opinion of Advocate General Collins on the point about the requirement of a genuine link in Art. 20 TFEU before granting national citizenship. It also goes further than the Advocate General's Opinion with regards to the relationship between EU citizenship and mutual trust. According to the Advocate General, the agreement of the Member States to abide by decisions of other Member States as to whether an individual has lawfully acquired national citizenship is taken in the “spirit of mutual trust and respect” ([para. 47](#)).

The Court instead boldly confirmed that Union citizenship is fully based on mutual trust (para. 99), which permitted the conclusion that Malta's investment citizenship scheme breached the duty of sincere cooperation in Art. 4(3) TEU.

This judgment will fuel extensive debate, given what has now been added to our understanding of the nature and inclusiveness (or otherwise) of EU citizenship, as well as the rights and duties attached to this status, not to mention the legal response from both the Maltese authorities to the ruling and the reactions of the investment migration industry. The remainder of this post will focus on two elements: implications of the judgment for Union citizenship and how it informs our understanding of mutual trust.

The conditions for recognising the citizenship status of EU migrants

In his Opinion, Advocate General Collins relied on existing case law, specifically *Micheletti* and *Zhu and Chen* to make the point that EU law does not allow Member States to impose additional conditions in their national law on an individual as a prerequisite for recognising their nationality of another Member State (para. 48). Thus, while a Member State may require a genuine link before granting its own citizenship to an individual, no such requirement exists generally in EU law.

Furthermore, in other decisions, the Court has held that the automatic loss of nationality of a Member State would be in breach of the principle of proportionality if the relevant national rules did not allow for an individual assessment of the consequences of that loss for the individuals concerned in light of EU law (e.g. *C-212/17 Tjebbes*, para. 41; *C-689/21 X*, para. 39).

Combining these two points, a legitimate argument can be made that the Court has impliedly changed the conditions for recognising an EU migrant's citizenship in the host Member State – and, by extension, the rights deriving from such recognition. However, this argument is unconvincing for two key reasons.

What mutual trust requires

Firstly, while *Commission v Malta* underscores the centrality of mutual trust and EU values in the Court's reasoning, the judgment's primary focus is systemic and constitutional in nature. At its core, mutual trust requires national authorities – whether administrative or judicial – to accept that their counterparts in other Member States are complying with EU law when they make decisions that have extraterritorial, horizontal effects within the EU.

Now that EU citizenship is confirmed to be based on mutual trust, a national administrative authority or judicial body that refuses to recognise a migrant's citizenship of a Member State on grounds not already provided for in EU law would not only be in breach of the EU right being exercised but potentially also Art. 4(3) TEU (as the enforcement arm of the principle of mutual trust: see *C-158/21 Puig Gordi*, para. 134), or its *lex specialis* where relevant. Furthermore, by adopting a naturalisation scheme that goes against the fundamental nature of EU citizenship, Malta has undermined that mutual trust which Member States have in its naturalisation process.

Semantics may play a role in what may happen next. The Court stated that transactional naturalisation is both contrary to sincere cooperation but also is 'liable, by its nature, to call into question the mutual trust which underlies that requirement of recognition' (para. 101). The last time the Court of Justice determined that Member State authorities may refuse to give effect to an EU law measure based on mutual trust (and its precursor, mutual confidence) as it applied to an individual Member State, on the grounds of systemic deficiencies in an entire administrative scheme of a Member State, was in *Case C-411/10 N.S.* (concerning asylum procedures and reception conditions in Greece). This theoretically opens the door for national authorities and courts to refuse to recognise the rights of certain Maltese citizens. This is a real, albeit unlikely, possibility, given that the judgment does not explicitly provide for temporal limitations.

The legal certainty aspect

The second point derives from the legal certainty problem with this judgment. Until a week ago, Malta's investor citizenship scheme was, at the very least, not unlawful under EU law, since the presumption was that Member States had exclusive competence to decide how a person becomes a citizen of that country. As articulated by Advocate General Collins in both *Préfet du Gers* (para. 22) and *Commission v Malta* (para. 44), the Member States could have pooled competences and conferred on the Union the power to decide who may become an EU citizen, but they chose not to do so. Given the force of the constitutional language employed by the Court in the current judgment, it would be unthinkable for Malta to continue to operate its investor citizenship scheme.

At the same time though, should the authorities of a host Member State determine that an existing beneficiary of the Maltese investment citizenship scheme does not have the right to exercise the rights and benefits that come with the status of EU citizenship, it would not necessarily follow that to do so goes against the *Micheletti* doctrine, assuming it still applies. EU law requires a proportionality assessment of the affected individual's circumstances. At risk of sound overly blunt, the financial situation of a person who qualified for the Maltese investment scheme hardly makes them too vulnerable to engage in other forms of lawful migration, albeit with additional bureaucratic hoops to jump through.

A surprise only for some

This judgment may come as a surprise for some, not least because the Advocate General advised the Court that the Maltese investment scheme did not breach any existing EU law. Followers of the development of the principle of mutual trust are instead likely to find the judgment, and the reasoning behind it, perhaps obvious!

The intrinsic limitation that mutual trust applies through other, normative provisions of EU law belies its significance as a structural constitutional principle which governs horizontal relations between national

administrative and judicial authorities in the EU, and which is the manifestation of the 'ever closer union' in Art. 1 TEU. In contrast to *van den Brink's* worry that judgments such as the current one risk bending the EU's constitutional framework, *Commission v Malta* demonstrates that mutual trust resides at the centre of that framework, holding together the variety of constitutional identities – national, EU, shared – and constitutional actors – national and Union institutions as well as the citizen.

The continuation of an emerging pattern

Basing EU citizenship on mutual trust is highly significant for two reasons. Firstly, it means that the exercise of free movement does more at the atomic level than permit individuals to move to, reside and participate in the social, economic and politic life of the host Member State. What travels within the area of freedom, security and justice without internal frontiers is not just people, but the administrative decisions that made free movement possible, including their manifestation in an individual's passport or ID, even naturalisation certificate.

Mutual trust is most often associated with mutual recognition measures, particularly in criminal cooperation such as the European Arrest Warrant, and in recent years with rule of law backsliding. This judgment adds to the understanding that mutual trust infuses the entire relationship between Member States that is facilitated by EU law, whether in the internal market or the AFSJ, EU citizenship or the European Competition Network, mutual recognition and information exchanges, and composite administrative procedures generally.

A pattern is nonetheless emerging: where EU law does not fully harmonise an administrative or judicial procedure which has cross-border effects, mutual trust is the adhesive substance, the glue that holds the inherent legal-systemic diversity together: constitutional Polyfilla.

Future implications

Secondly, a maximalist approach to interpreting this judgment, such as the one presented here, has other

potential implications. Mutual trust requires Member States to presume that all the other Member States comply with EU law and fundamental rights. It is one thing for the Court of Justice to say that mutual trust is absent from a particular national scheme creating cross-border effects, giving limited license to other Member States to refuse to recognise the measures produced by that scheme. It is quite another thing should the day arrive that a Member State is found to be in breach of the values contained in Art. 2 TEU.

For example, during the rule of law crisis in Poland, a large number of academics argued that specific judicial cooperation measures based on mutual trust (such as the EAW) be suspended as they relate to Poland, on the grounds that the national judiciary lacked independence and therefore did not satisfy the requirements inherent in the value of the rule of law in Art. 2 TEU and given concrete expression in Art. 19 TEU. Beyond individual cases, Art. 7 TEU remains the only currently known mechanism, albeit a political one, for finding that a Member State has seriously and persistently breached the values in Art. 2 TEU. The proposition being made here is that, since mutual trust presumes respect for Art. 2 TEU values, a confirmed breach of those values should automatically lead to the general suspension of mutual trust regarding that Member State.

And given that mutual trust is the basis for so much more than the instruments adopted within the AFSJ, and now also includes EU citizenship, any suspension applies not only to specific instruments but to the entirety of the free movement of people from that Member State. This has not hitherto been considered as an obvious consequence of a breach of Art. 2 TEU, and will inform future research into how that measure applies in relation to national legal systems. This decision is potentially monumental.

Anja Bossow

What is Citizenship For?

doi: 10.59704/9c263696835df156



Last week, the CJEU declared Malta's citizenship for investment scheme incompatible with EU law for it "amounts to the commercialisation of the granting of the status of [...] Union citizenship, which is incompatible with the conception of that fundamental status that stems from the Treaties (90)." Setting aside the perhaps questionable quality and defensibility of the Court's legal reasoning (see [here](#) and [here](#)), the decision clearly casts Union citizenship as a status constituted by meanings and norms specific to the European Union as a normative legal project: it "is one of the principal concrete expression of the solidarity which forms the very basis of the process of integration [...] and which is an integral part of the identity of the European Union as a specific legal system [93]." If citizenship status requires the presence of a relationship "of solidarity and good faith [98]" between the state and the individual, it follows that not every individual can be declared a citizen as a conceptual matter, nor following the Court's decision, as a matter of EU law.

What are we to make of this conception of citizenship, and its use by the Court to strike down citizenship for investment schemes? Because I am no EU lawyer, I approach these questions from the perspective of normative legal theory, specifically liberal legal theory, which I believe should inform the Court's citizenship jurisprudence.

A thick(ish) conception of citizenship

From a liberal perspective, the thickening of the concept of citizenship that follows from the Court's embrace of this solidaristic ideal should ring certain alarm bells, especially in the European context. This is because many member states, with Germany perhaps the most notorious example, have a long and shameful

history of instrumentalizing thick, ethno-nationalist conceptions of citizenship to justify the exclusions of some of its members from the protections against abusive state power that the status offers. This legacy, and the horrific extremes to which the logic of ethno-nationalist citizenship was taken during the Holocaust, means that we should be vigilant when the highest arbiter of Europe's supreme legal order embraces a thick(ish) conception of citizenship, and wields it for exclusionary ends.

I say thick-ish because it is important to remember that a thickening of citizenship does not necessarily involve the adoption of, nor threaten to collapse into an embrace of an ethno-nationalist conception of citizenship. The latter casts the bond that citizenship requires in a blood and soil logic. This is a far cry from the Court's insistence that the status of citizenship reflect the presence of a bond of solidarity and good faith. This is closer to an idealized conception of citizenship in the vein of republican thinking, which focuses on the quality and nature of the citizen-relationship – its participatory and democratic aspect – than idea(l)s of ethnic or cultural purity. Of course, such an idealized conception of citizenship also carries exclusionary potential and to the extent we believe this to be inherently objectionable within a liberal legal order, we may oppose its adoption.

Even if we believe that some thickening of citizenship is desirable, we may take issue with the vagueness of the idea(l) of solidarity and good faith the Court has chosen. Bonds of solidarity, just like citizenship, can be understood in thick, ethnic or identitarian terms, or in thinner, political terms, ie solidarity based on one's participation in a joint political project. However, this ambiguity provides first and foremost an argument in favour of clarifying the sort of solidarity that Union

citizenship requires, and, if you believe the EU as a legal system is or ought to be premised upon a liberal legal philosophy, that it be cast in political terms; not per se an argument against the idea that citizenship ought to reflect some sort of bond between the state and the individual.

The trouble with exclusion ... of the rich

Liberal resistance to infusing the conception of citizenship with an extra-legal bond of solidarity reflects a warranted concern over the exclusionary ends in whose service this bond may be put. In *Commission v. Malta*, the Court wielded it to outlaw the selling of citizenship. I am undeniably sympathetic to this result, despite its exclusionary effect. This is not to say that ethically desirable results justify shoddy legal reasoning, nor should we ignore [the hypocrisy of the Commission's selective outrage at the Maltese scheme](#), when plenty of other Member States are also busy selling off residency entitlements to the rich. But I firmly and strongly believe that governments, whether European or otherwise, should have no business selling citizenship – or in fact long-term residency entitlements – to the highest bidder, *in the absence of requiring any other form of "link" or "bond" to the state*.

Why, you may ask. Given Europe's historical embrace of thick, ethno-nationalist, and unjustly exclusionary citizenship regimes, isn't there something liberalizing and thus attractive about turning citizenship into a tradeable commodity that is accessible to anyone who can afford it? From a global justice perspective, there also appears something redistributive about providing the option to individuals to simply buy themselves out the most arbitrary determinant of one's life chances of them all: [the birthright lottery](#). There might be even something radically diversifying about these schemes: just like the U.S.' diversity visa program, a proliferation of these schemes across Europe could lead to a citizenry that is much more diverse in terms of ethnicity, religion, culture and so on. After all, rich people are not a racially, ethnically, or culturally homogenous group. They exist in every state, including those whose citizens the EU

otherwise seeks to exclude with so much legalized violence and death.

Citizenship's protective function

Perhaps. But this gives only part of the picture. Whatever the liberalizing or redistributive benefits of citizenship's marketization may be, these are far outweighed by the contribution such policies make to the overall stratification of both our global and national societies. Citizenship policies are highly expressive acts: they convey value judgments about who the state considers (un)desirable. CBI schemes solidify the idea that wealth makes one worthy of membership in what are effectively islands of wealth and opportunity in a foundationally unjust global order, with the flip side being that lack thereof renders one un- or at least less deserving thereof. It does so despite the fact that the wealthy are often in fact terrible citizens, understood in a politically solidaristic sense here, [for they are both prone to and masters at tax evasion](#) and generally hostile to the implementation of progressive, redistributive tax regimes that would allow the state to ensure that all of their citizens, not just the 1%, can thrive or at least live a minimally dignified life. More recently, [some of them also show a concerning degree of enthusiasm for dismantling democracy and the rule of law](#).

But, more fundamentally, I object to schemes of this sort because they are part and parcel of the erosion of citizenship's principal point and purpose in a liberal legal order. We cannot ignore that [the privileging of the rich in the distribution of citizenship in highly developed states occurs alongside the restriction of access for those governing majorities deem undesirable](#), and who are, precisely for that reason, much more in need of citizenship and its associated rights. For the rich, citizenship simply means an additional passport that allows them to live the ultimate cosmopolitan, property-owning lifestyle, spending summers in the Hamptons and on the Amalfi coast and winters in the Bahamas. But for the politically and economically marginalized, citizenship means the right to work, to reside in security from the state's illiberal and [often life-destroying deportation power](#),

and to possess minimal but foundational protections against domination and subordination within the societies they live and labour. Citizenship possesses, in other words, a vital protective function against the threat majoritarian-led state power poses to the realization of individual liberty, dignity and equality – a protective function that erodes the more authority we grant states in matters of citizenship attribution, including by treating citizenship as nothing but a commodity state officials may sell off to the highest bidder.

The inclusionary potential of citizen “bonds”

Viewing citizenship’s purpose in these protective terms within a liberal legal system could make the Court’s insistence on the presence of some form of bond less suspicious, perhaps even desirable. For while the idea of a bond may have served an exclusionary purpose in this particular judgment, it can also serve an inclusionary one. Liberal citizenship scholars have long insisted that citizenship policies, specifically policies of attribution and naturalization, should reflect an individual’s bond or tie to the polity, whose presence, they generally suggest, should be inferred from the simple fact of long-term residence. Interestingly, the Court seems to somewhat acknowledge the integrative force of residence over time, when it highlights the lack of a meaningful residence requirement in Malta’s naturalization scheme [106] to determine the scheme’s transactional nature and thus its incompatibility with the solidaristic ideal that is the normative core of Union citizenship. The underlying assumption appears to be that prolonged residence is necessary (though perhaps not sufficient) to give rise to the bonds of solidarity that Union citizenship now requires.

If conceived in the right terms – and this is admittedly a very big if – the requirement of a “bond” can ensure that citizenship remains a status for *de facto* members of the European polity, as opposed to those the majority of the day – whether at the national or European level – believes to be desirable additions. Perhaps then at least as a matter of normative theorizing the CJEU may not have gotten it all wrong, at least

for now. I say for now because the Court’s critics are right to warn that the thickness and ambiguity of the solidaristic ideal of Union citizenship has the capacity to turn into an exclusionary Pandora’s box. The Court would thus do well to wave its newly minted magic wand of Union citizenship carefully and in line with an inclusionary and liberal vision of who is sufficiently bonded to the European political community. To quote wise Uncle Ben, with the great power the Court just awarded itself comes great responsibility.

Martijn van den Brink

Why Bother with Legal Reasoning?

The CJEU Judgment in *Commission v Malta* (Citizenship by Investment)

doi: 10.59704/7facd9bb1128174c



This post first appeared on [Globalcit](#).

Hindsight can make one look naive. Following the [Opinion](#) of Advocate General Collins in *Commission v Malta*, I [argued](#) that ‘the rhetorical battle over citizenship by investment has been won by the EU institutions’ but that ‘emotions and rhetoric alone should not decide legal battles’. Of course, I should have known better: the central dogma on which a large lineage of EU citizenship cases rests – that EU citizenship is destined to be the fundamental status of nationals – is a rhetorical device without basis in EU law. And once again, in the [Commission v Malta](#) ruling of 29 April 2025, on whether Malta was in breach of its obligations under EU law by maintaining and promoting a citizenship by investment (CBI) scheme, the Court prioritised rhetoric and political expediency over solid legal argumentation.

The outcome of the judgment will not have escaped the notice of many EU lawyers. The Court sided with the Commission in finding that, by introducing a CBI scheme, Malta had violated the principle of sincere cooperation in Article 4(3) TEU and the concept of EU citizenship in Article 20 TFEU. The Court’s legal reasoning, on the other hand, might have been harder to find for those who have read the judgment. The decision is reminiscent of *Ruiz Zambrano*, where the Court also opted for an expansionary reading of EU citizenship without offering a substantive legal justification. In this post, I argue that the judgment is thinly argued and will only contribute to the perception that the Court happily discards constitutional guardrails when political expediency so demands (see also [here](#)).

The disappearance of the genuine link

While the Court agreed with the Commission that Malta’s CBI scheme violated Articles 4(3) TEU and Article 20 TFEU, it followed a different line of argumentation. According to the Commission, the CBI scheme violated these provisions because it offered citizenship to persons ‘in exchange for pre-determined investments without requiring *the existence of a genuine link* between that Member State and those individuals’. The term genuine link is nowhere to be found in the main part of the judgment, understandably so, as it had been made clear by numerous academics as well as the Advocate General in his Opinion that this argument was a non-starter. The Commission borrowed the principle of genuine link from the 1954 [Nottebohm](#) decision of the International Court of Justice (ICJ), but this ruling merely concerned the *recognition* of nationality, not its *acquisition*, making it irrelevant to the present case (for more detail, see [here](#) and [here](#)).

Instead, the Court found a violation of Articles 4(3) TEU and 20 TFEU, mainly because the commercialisation of nationality violates the relationship of solidarity between Member States and their nationals and the principle of mutual trust. The Commission raised these points too but in part to support the plea that nationality could not be awarded absent a genuine link. By foregrounding solidarity and mutual trust and thereby substituting the principle of genuine link, the Court will at least escape the criticism that it does not understand ICJ case law.

Eleven mind-bending paragraphs

But if the judgment was not anchored in the principle of genuine link, then how did the Court justify its conclusion? According to Article 20 TFEU, EU citizenship is additional to national citizenship and [Declaration No 2](#) states that ‘whether an individual possesses the nationality of a Member State shall be settled solely by reference to the national law of the Member State concerned’. Of course, this proves nothing yet: Member States must exercise their competences – including the power to lay down rules on the loss and acquisition of nationality – in accordance with EU law (e.g., [Micheletti](#), para 10). However, a solid justification of which rule of EU law was breached is still needed.

It is here that the judgment becomes profoundly maddening and mind-bending, offering us legal reasoning of a kind and quality that is unacceptable of the EU’s highest court.

The Court’s findings are short for a ruling with such seismic constitutional implications: 42 paragraphs in all. Of these 42 paragraphs, the first five restate the settled principle that Member States must exercise their power to determine who is a national citizen in accordance with EU law (paras 79-83); the next seven paragraphs list the rights enjoyed by EU citizens and explains their value (paras 84-90), and the final 20 paragraphs discuss, after the Court has found that the commercialisation of national citizenship breaches EU law, whether there are any reasons to question the conclusion that Malta’s CBI scheme commercialises national and EU citizenship (paras 102-121).

That leaves 11 highly consequential paragraphs that fundamentally alter the relationship between EU and national citizenship. Allow me to take you through them one by one in an attempt to make sense of them. My thoughts are italicised.

- **Paragraph 91:** ‘the provisions relating to citizenship of the Union are among the fundamental provisions of the Treaties’. *Nothing controversial yet.*
- **Paragraph 92:** because of ‘the scope of the rights attaching to Union citizenship’ and ‘the fact that that status derives automatically from the fact of being a

national of a Member State, ... Union citizenship constitutes the fundamental status of nationals of the Member States’. *A predictable sentence, but note the magic being performed here: EU citizenship is derived from national citizenship and therefore the fundamental status. Surely, the logical conclusion is that national citizenship is the fundamental status under EU law and EU citizenship merely derivative.*

- **Paragraph 93:** ‘Union citizenship is thus one of the principal concrete expressions of the solidarity which forms the very basis of the process of integration’. *Note the ‘thus’. EU citizenship is the fundamental status, ‘thus’ it is a concrete expression of solidarity. The logic is impossible to follow.*
- **Paragraph 94:** the principle of sincere cooperation requires that states do not ‘jeopardise the attainment of the European Union’s objectives’. *Uncontroversial, but search for the word objective in the judgment – you will find that the Court finds a violation of sincere cooperation without ever clarifying which objective has been jeopardised. Indeed, the Court ultimately reaches a conclusion on the basis of a rule it never properly applies to the issue before it.*
- **Paragraph 95:** ‘Union citizenship is based on the common values contained in Article 2 TEU and on the mutual trust between the Member States’, so the power to lay down rules on the acquisition of nationality may not be exercised ‘in a way that is manifestly incompatible with the very nature of Union citizenship’. *What does this even mean? Member States may not act in a way that is incompatible with the very nature of Union citizenship, period. What do Article 2 TEU and mutual trust add? Is Article 2 TEU suddenly the very nature of EU citizenship, so that a violation of the values contained therein amount to a violation of EU citizenship? It’s all rather cryptic.*
- **Paragraph 96:** ‘it is clear from the Court’s settled case-law that the bedrock of the bond of nationality of a Member State is formed by the special relationship of solidarity and good faith between that State and its nationals and the reciprocity of rights and duties’. *Citing settled case law selectively – always a good strategy! According to settled case law, ‘it is legitimate for a Member State to wish to protect the special relationship*

of solidarity and good faith between it and its nationals and also the reciprocity of rights and duties, which form the bedrock of nationality' (e.g., [here](#) and [here](#)). Indeed, the reasoning in these cases offered a justification for Member States to restrict rights and even deprive individuals of their EU citizenship. Suddenly, and without argumentation, the Court tries turning this justification for a rights restriction into a positive legal obligation: Member States may not award national and EU citizenship if there is no a special relationship of solidarity and good faith between the state and the individual (see para 99). The reasoning just doesn't add up.

- **Paragraph 97:** 'in accordance with Article 20(1) TFEU, the special relationship of solidarity and good faith between each Member State and its nationals also forms the basis of the rights and obligations reserved to Union citizens by the Treaties'. Here the Court is turning the conceptual statement that the special relationship of solidarity and good faith between that State and its nationals is at the bedrock of nationality into a legal one – argumentatively unsound, but something must be found to translate the conception of nationality in para 96 to the European level.
- **Paragraph 98:** The Court again repeats that national conditions for the award of citizenship must be in compliance with EU law.
Let's pause for a moment. Eight of the eleven paragraphs have passed and the Court has yet to say anything about whether citizenship by investment schemes breaches EU law. But then it comes:
- **Paragraph 99:** 'a Member State manifestly disregards the requirement for such a special relationship of solidarity and good faith, characterised by the reciprocity of rights and duties between the Member State and its nationals, and thus breaks the mutual trust on which Union citizenship is based, in breach of Article 20 TFEU and the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4(3) TEU, when it establishes and implements a naturalisation scheme based on a transactional procedure between that Member State and persons submitting an application under that programme, at the end of which the nationality of that Member State and, therefore, the status of Union citi-

zen, is essentially granted in exchange for predetermined payments or investments'.

Having selectively interpreted settled case law and decided that *conceptually* – and thus somehow also *legally* – the special relationship of solidarity and good faith between that State and its nationals and the reciprocity of rights and duties is at the basis of EU citizenship, the Court establishes the rule that member States must protect the special relationship of solidarity and the reciprocity of rights and duties in their nationality laws. And because Malta's CBI scheme did not protect these values, a violation of Articles 20 TFEU and 4(3) TEU is found. A politically convenient conclusion, yet one lacking sound legal argumentation.

But there are two paragraphs left. Perhaps a justification can be found there.

- **Paragraph 100:** 'A programme of that sort amounts to the commercialisation of the granting of the status of national of a Member State and, by extension, Union citizenship, which is incompatible with the conception of that fundamental status that stems from the Treaties'.
- Why is the fundamental status of EU citizenship violated? For the Court, EU citizenship is the fundamental status because of 'the scope of the rights attaching to Union citizenship' and because 'that status derives automatically from' nationality (para 92). The Maltese CBI scheme doesn't violate these rights nor alter EU citizenship's derivative nature, so the Court's conclusion simply doesn't follow from its argument.
- **Paragraph 101:** Because Member States must recognise the effects of each other's nationality decisions, 'transactional naturalisation ... is also liable, by its nature, to call into question the mutual trust which underlies that requirement of recognition, since that trust relates to the premiss that the grant of the nationality of a Member State must be based on a special relationship of solidarity and good faith'.
- At first glance, this seems like the Court's strongest argument: free movement is an EU objective; this objective requires mutual recognition of nationalities; mutual recognition only works when there is mutual

trust; so CBI, by undermining mutual trust, imperils the EU's objectives, thus being contrary to EU law (the Court doesn't spell out the argument; fortunately, [Stephen Coutts](#) has done so for us with great care).

However, if we reflect on it for a moment, also this argument quickly unravels. The Court makes a theoretical claim that is questionable and an empirical claim unsupported by facts. The theoretical claim is that mutual trust can exist only when citizenship is based on a relationship of solidarity. The empirical claim is that CBI erodes mutual trust. Starting with the latter, have Member States ever complained about Malta's scheme or threatened not to recognise Maltese passports anymore? That is, is there any evidence that mutual trust has been eroded? Not that I know, and the Court doesn't offer any – and surely breach of law is a factual question, not a matter of mere hypothetical speculation. Moreover, what if, to take a different example, Member States would object to a third of Moldovan citizens having a Romanian passport? Many of these Moldovan citizens might have a stronger bond of solidarity with Romanian than the average investor with Malta, and yet many Member States will be less troubled about free movement by the billionaire with Maltese citizenship than the poor Moldovan with a Romanian passport – I am not saying this is fine, just stating what is likely true. It shows that mutual trust and solidarity need not correlate. But more importantly, what if Member States would actually lose trust in Romania's naturalisation laws because Moldovan nationals can acquire Romanian nationality with such ease. Would Romania then violate EU law? In other words, should the lawfulness of nationality law depend on the subjective assessments of other Member States? I may hope not in the times we live in, and I doubt this is the Court's position for it would be at odds with [Micheletti](#). But if not, it uses mutual trust merely as a pretext to rule out CBI, perhaps unable to find better arguments.

Apologies for the cynicism, but the Court interferes in the domain of nationality in by far the most far-reaching way to date, and all it offers in terms of justification is 11 paragraphs of cryptic reasoning without sound argumentation? Almost every first-year

student in law will receive an introduction to principles of legal reasoning, and the importance of sound legal argumentation is emphasised throughout their studies. We likely also tell them that outcome isn't all that matters. [Steve Peers](#) already commented that his students would barely get a pass if he would 'read this reasoning on an EU law exam'. Should we apply lower standards to the EU's highest court than we have of our undergraduate students? It is concerning that the Court doesn't bother with legal reasoning – or worse, that it really cannot see its shortcomings. The quality is nowhere near what one should expect from a ruling of such constitutional magnitude.

Unrestricted in time and scope?

One may also expect that our constitutional judges reflect on the consequences of their decisions and try being clear about them. Here, the ruling raises two additional concerns.

First, unless provided otherwise, CJEU judgments have automatic retroactive effect. Only exceptionally does the Court limit their temporal effects, but 'such a restriction may be allowed only in the actual judgment ruling upon the interpretation sought' ([Meilicke](#), para 36). Of course, Malta should perhaps have asked the Court to limit the temporal effects of its judgment if it found that its CBI scheme violates EU law, but should the Court not have reflected on the issue on its own motion? It is not excluded that, in order to give full effect to the judgment, many will have to be stripped of their Maltese citizenship, perhaps rendering some stateless. Of all the people struggling to acquire or retain Union citizenship, the billionaire in the position to purchase a passport may not be the first of our concerns, but it would be a little ironic (to put it mildly) if the end point of a judgment inspired by the values of solidarity and mutual trust was statelessness.

Second, the Court at the very least should have clarified the scope of its judgment. Make no mistake, this is a massive stretch from where the case law used to stand. It was settled that the withdrawal of EU citizenship could fall foul of Article 20 TFEU if the withdrawal decision was disproportionate (e.g. [Rottmann](#) and [Tjebbes](#)). The Court never offered

an entirely adequate justification for these cases (see [here](#) for criticism), but one may find it logical that the deprivation of EU citizenship is subject to supranational supervision. In any case, the supervision was so minimal that the proportionality requirement could not even protect individuals from being rendered stateless (the outcome in *Rottmann*). In *Commission v Malta*, the Court decided to strike down an entire citizenship practice even though no one had been deprived of their rights – to the contrary – and it did not seek to soften the blow by way of a proportionality analysis. We have entered a completely new terrain.

Moreover, while the case is about the legality of one specific CBI scheme, the reach of the Court's reasoning is much wider. The Court effectively interprets Article 20(1) TFEU as an obligation that nationality cannot be awarded if the special relationship of solidarity between that State and its nationals and the reciprocity of rights and duties has not been formed. At this point, CBI is far from the only nationality acquisition rule violating EU law. Until recently, Italian law allowed descendants of Italian citizens born abroad to acquire Italian citizenship without any generational limits. Descendants of Sephardic Jews forced into exile in the 15th and 16th centuries can acquire Spanish and Portuguese nationality. Descendants of Irish nationals can apply for citizenship without having to show a special relationship of solidarity with Ireland, a possibility eagerly used by many UK nationals after Brexit. The problem with the Commission's genuine link principle was always that it would affect many more nationality rules than just CBI. Although the Court avoided this principle, it did not avoid the problem: requiring a special relationship of solidarity should logically render many other nationality schemes unlawful under EU law. Or do we really want to go down the path of accepting that relationships of solidarity automatically exist whenever there is ethnic affinity?

Have the constitutional guardrails come off?

It should worry EU lawyers that EU institutions have in recent years so often circumvented the EU's constitutional framework when political necessity so required.

Yet in the face of unprecedented crises, the position that constitutional law must be prioritised over the common good, solidarity, or security has always struck me as a little too lawyerly. But *Commission v Malta* was not a case of political necessity but political expediency. If the Court is also willing to ignore constitutional constraints in such case, the constitutional guardrails will just come off. Is this really the right signal in light of the unprecedented constitutional challenges at the national level – that we can bend constitutional law to our will without offering a minimum of legal reasoning.

I would like to thank Fulvia Ristuccia, Vincent Delhomme, and the editors of GlobalCit and the Verfassungsblog for their sharing their thoughts on an earlier draft. I would also like to thank Filipe Brito Bastos for bringing up the retroactive effect of the judgment.

Dimitry Vladimirovich Kochenov

EU Citizenship's New Essentialism

The Solidification of the Illiberal Union

doi: 10.59704/452e3eca733be6a5



The Court of Justice of the European Union ruled that the Maltese citizenship by investment violates EU law: “A programme of that sort amounts to the commercialization of the granting of the status of national of a Member State and, by extension, Union citizenship, which is incompatible with the conception of that fundamental status that stems from the Treaties” (para. 100). It reached this conclusion with reference to the systemic importance of EU citizenship, amounting to a *raison d’être* of the Union (para. 91) and its direct implications for the solidarity among the Member States (para. 101). No legal rule can justify the lack of solidarity and good faith presumption voiced in para. 100. The Court does not even attempt to invoke any. Other commentators found the absent reasoning “regretful” or missing: “[have the constitutional guardians come off?](#)”, Martijn van den Brink asks. Instead, it walks through the rights of EU citizens (paras 86, 87, 88, 90). Establishes the fact that EU citizenship is indeed important (paras 89, 91) and presents nationality as a bond of solidarity and good faith (paras 96, 97). It then shares its view that the Maltese citizenship by investment is not it.

Make no mistake: the Court hints – for the first time – that EU citizenship bond is not only legal in nature. Citizenship has suddenly become a legal but also some other connection between a person and the state. In other words, the law is not enough to make one a citizen, as any such citizenship might fall short of “solidarity and good faith” test at the EU level (para. 99). This newly-invented extra-legal rule put thousands of Europeans in limbo (see also my detailed analysis in [EU Law Live](#)).

The case is an *ultra vires* attack against the principle of solidarity. Solidarity at the heart of the Union as

a community of values has always been an empowering liberal solidarity. In *Commission v. Malta* it mutated into the solidarity of essentialist nationalisms against the rights of European citizens. The EU citizenship story is well known and has been rightly hailed as a powerful defence of our rights against thoughtless red-tape and petty nationalisms, read “thick identitarian demands”. This defence has never been rooted in thick identities, quite the opposite. In *Micheletti*, the Court protected an Argentinian with an Italian document from Spanish demands, precisely, to showcase a “thick” Italian identity, which he did not have. Similarly in [Zhu and Chen](#), the Court took the side of a billionaire Irish baby who has never visited Ireland and whose parents were, obviously, Chinese, thus offering EU citizenship protections against thick identity expectations. All this stands apparently reversed, hinting at the solidification of the illiberal European Union.

My task here is to locate some key steps marking this development and to offer a possible presentation of the recent decades of EU law in three broad steps, to show how we got where we are.

One: hope and protection

Today we still sometimes feel the appeal of the EU because the substance of its law is more liberal and accommodating than that of our Member States, fueling debates over reverse discrimination and falling within the scope of EU law. Many look up to EU law and wish to benefit from it, since otherwise [one’s family is destroyed](#) and [ugly discrimination](#) makes life unbearable. Not [always helping](#), the EU still offers hope in taming the obstructive nationalist/protectionist red-tape. This is the dominant trope of much of EU

law literature from [David Pickup](#) writing in the 1980s to [Alina Tryfonidou](#) and [Niamh Nic Shuibhne](#) early in this century. A friendlier Union still, with equality before the law and less discrimination between Europeans and ‘others’ [did not quite take root](#), pace incessant efforts of the towering figures like [Dora Kostakopoulou](#) and [Eleanor Sharpston](#).

Two: justice deficit

The limits of EU’s ability and willingness to be the force of good emerged over the last decade. Led by [Charlotte O’Brien](#) we were introduced to the plight of Europeans, who are not helped, but hindered by EU law: [Unity in Adversity](#), [citizens’ deportations](#), de facto [disappearance of permanent residence](#), [disregard of the poor](#) and those in need mark the Union as much as helping the free movers. All this showcased the second stage of EU law’s development in this century: the Union of not-so-punishing indifference to the [moral and ethical values](#) our societies espouse. The Union of [Justice Deficit](#). Even though not helping [everyone](#) and showing [little respect](#) to those thrown overboard, this Union offered, as Laurent Pech rightly established, a [consistent story of the law](#) as a way forward in the [absence of democracy](#) able to affect policy or [throw scoundrels out](#). Our [authoritarian liberalism](#) hinged on ensuring robust compliance with the fundamental principles and the foundational promise, sketched out in [Article 2 TEU](#) boasting [the force of law](#). Never mind democracy, the story went, the Rule of Law will be sufficient to preserve the promise of freedom and the protection of rights in the Union.

Three: EU lawlessness law

The disastrous flop of [Opinion 2/13](#) was among the first cracks in the foundations of this vision: if the Union is ready to use its “structure” to push away our rights in a system where democracy is not on offer and only the law could protect us, how reliable is its promise of values? While the Rule of Law case-law has been [fast evolving](#), the most important lesson from it opened the third stage of EU law in this century: the law at hand can essentially amount to a meticulously articulated [evil law](#), borrowing Anna Lukina’s trope,

and the protections we hoped for are structurally sacrificed in the interest of the legal system’s internal needs, what Sarah Ganty and I christened “[EU Lawlessness Law](#)”. Rather than to [tame the powers that be](#), the law appears to be put at the service political prejudice and is there to whitewash any actions, legal or illegal, in the name of short-term [political expediency](#): from excluding accountability for [EU’s crimes against humanity](#) to purging the ECJ of a member regarded unfavorably in some capitals with direct implications for the basic independence of the Court, as [Graham Butler](#) observed, following the ugly scandal at Kirchberg. EU lawlessness law is behind [mass killings](#) in the Mediterranean, torture at the EU’s [Eastern border](#) and a general [watering down of EU citizenship](#) and other rights in the Union, inaugurating outrageous legal innovations, such as the [presumption of guilt](#) as part of EAW law as Petra Bárd has argued.

In search of democracy and the Rule of Law

Having [sacrificed democracy](#) to be governed by reliable and empowering technocratic law, Europeans are discovering that this law is not at all as benevolent as they thought and that the main guiding principle here is far removed from protecting their rights. Instead, it is confined to self-preservation of the supreme nature of the very legal system that is starting to fail Europeans in the first place. The phenomenon of “[Supremacy Rule of Law](#)” has been born in a system where law-making is [unaffected by elections](#) and where the Rule of Law is not about keeping those in power accountable. An essential part of how such supremacy Rule of Law operates is [sidelining any dissent](#). Absolute intolerance to the substance of any other legal system but EU law-proper, be it national, international or municipal-level law and any dispute resolution systems not subjugated to the ECJ’s authority, no matter how vital. Remember [Achmea](#), untying the hands of abusive governments to steal from investors in the [glaring absence of the law in their own courts](#), where the ECJ took the side of proverbial Orbáns’ defrauding Europeans.

Away with liberal tolerance

Absent democratic and legal checks on the Union's deeds, the last bastion remaining was the [liberal tolerant promise](#) of the EU's values in respecting diversity and taming the Member States in the interest of EU citizens' rights. The EU, however deficient, remained preferable to the narrow nationalist ideals of (some) Member States, a gulp of fresh air. Non-[discrimination](#) on the basis of nationality, free movement and the deployment of [proportionality](#), among other principles, to protect [some](#) EU citizens, [even if not always successfully](#), offered the picture of the EU which was still a liberating vision, compared with the individual Member States the Union was busy disciplining.

Commission v. Malta shatters this vision. Instead of fighting Member States in the name of a tolerant citizenship ideal and standing up for Europeans' rights, the Union, having said "no" to democracy and the Rule of Law, now peddles petty nationalisms instead, instructing the Member States that there are citizens "in law" only and also the "true" citizens, benefitting from the "bond of solidarity and good faith", which EU law requires: the presumption of the absence of this bond is at the heart of denigrating a group of Europeans in Commission v. Malta. Just like citizenship itself – in any liberal democracy – such bond is, surprise surprise, [legal](#). By pretending otherwise through adding an extra-legal component presented as otherwise meaningless "solidarity and good faith", the Court annihilates the added value of EU law and the heritage of non-discrimination on the basis of nationality: speaking Estonian or knowing a Slovak history curriculum, let alone surviving n years in Denmark cannot add the creation of a common working-living space. Freedom, as the EU offered it, has always been to disregard Member States' identitarian demands and stepping away from it is a betrayal of all EU citizens.

Now the Commission v. Malta's bottom-line is this: law is not enough to make a citizen in any national democracy. The EU will come and correct any liberal approach of this sort to impose an ideal of thick identity and belonging. For the first time in history the

EU is at the service of an illiberal ideal. It is not only this ideal per se that is most shocking, given its complete disconnect from the letter and the spirit of EU law, but even more the EU's willingness to check compliance with this ideal among the national democracies. This is in complete disregard of the Treaty text and all the prior case-law from Micheletti to Zhu and Chen. In every practical sense this u-turn amounts to the introduction of the "genuine links" logic, unlike what some commentators, including [Guillermo Íñiguez](#) and [Martijn van den Brink](#) seem to claim. In any case, in the absence of the "genuine links" terminology from the wording of the judgment but not the spirit of the reasoning of the Court we are faced with what Petra Weingerl and Matjaž Tratnik would term "[relevant links](#)", which are equally arbitrary and illiberal in essence.

The constitutional implications of this case are quite significant. It hints at the further undoing of the Union's liberal heritage and original promise. The Union could thus pose a threat for the Member States, whose membership has been guided precisely by such a liberal promise. The same applies to Europeans who cannot subscribe to the new illiberal ideals and are unable to push the Union to change course in the absence of any continent-wide democracy. National liberal constitutionalism and the dignity of Europeans came under attack from Kirchberg.

Calling out the fake Europeans: from a "wrong Jew" to a foreign dancer

This is because the Union is now there to replicate and reinforce, [rather than mock](#) and undermine, the petty nationalisms of (some) of its Member States at the supranational level, besides now adding its own supranational dimension to it. Finding that a legal status of citizenship is not about the law only has far-reaching consequences. It opens the gates to deploying extra-legal factors for othering and humiliation, rendering the protections of the legal status lawfully useless for those in need of its protection the most. Let us be clear: what the Court has done to a handful of Maltese citizens, could now be exploited further, damning

other groups denigrating them as fake Europeans for extra legal reasons. You could be next.

Consider a handful of examples. My [level of Dutch](#) has never been checked by the Dutch authorities when I naturalized. Moreover, I do not think I actually need this language to be successful in Hungary and Austria where I teach – am I a fake European citizen?

More than a million of Italians in Latin America got their passports by remote ancestry going back to a person they do not know – are they fake Europeans?

The absolute majority of the Member States do [not connect legal residence with the checks of physical presence](#), unlike what the Court mistakenly implied (para. 108) – are they making fake EU citizens?

The famous [Mr Abramovich](#), who took part in the first peace talks between Russia and Ukraine, although decried by some controversial Portuguese politicians as a “[wrong Jew](#)” is nevertheless a Portuguese citizen – how fake is that? Does he possess the required “bond of solidarity and good faith” unlike his Maltese friends?

The legendary dancer Baryshnikov, who [accepted a Latvian passport](#) from the authorities of a Member States building the core of its constitutional identity on the [humiliation of its Russian, Ukrainian and Jewish minorities](#) comes to mind too – is the maestro a fake European, presuming he does not share Latvian assumptions about nationality and lives in the US, where he escaped straight from the USSR?

Commission v. Malta clarifies that the Court of Justice took upon itself the task of answering all these questions, just as it has done in that particular case, and will do so on the basis of the “bond of solidarity and good faith” between maestro Baryshnikov and Mr Abramovich and their Member States, not on the basis of the legal bond of nationality connecting them with the Member States in question.

This twist is not as new as I half-heartedly presented it, however. We know from [Hanna Eklund](#) and [Peo Hansen and Stefan Jonsson](#) how the EU started: the colonial enterprise was a project of strict racial segregation resting on the assumption that equality before the law should not be the starting point of its law. In other words, the Court’s attack on

liberalism and the *raison d’être* of the Union seems to be grounded in history. This history is inspired by what Hans Kundnani frames as “[Eurowhiteness](#)” cosmopolitanism – the continental ethno-nationalism, which the EU now, just as at the inception of the project – enforces as its ideal. This could explain why a Greek passport holder from Australia, who has no connection to Greece other than the document, is better rooted in the “bonds of solidarity” the Court is imposing on our democracies than a Saudi, Ukrainian, or Russian billionaire with a Maltese document. The ECJ’s solidarity, unquestionably, is blood solidarity: a difficult ideal to peddle to say the least, but here we are.

Philosophy vs. law

A turn to philosophy alone could save the situation. [Harry G. Frankfurt](#) is right: “One of the most salient features of our culture is that there is so much bullshit”. The Grand Chamber’s bullshit even replaced the law, which seemed clear enough: Member States’ nationals are EU citizens and solidarity between them ensures the protection of EU citizens’ rights. Bullshit stands further amplified given that Ireland has been selling its citizenship [from 1988 to 1998](#), throughout the negotiations off the Maastricht Treaty and beyond. Playing as if Malta is the first, as if we were facing something new, unknown to the drafters of EU citizenship is nothing but presuming a particularly lowly set of abilities for the reader of the Court’s demeaning scribble: how can a founding idea of EU citizenship, attested to by consistent Irish practice, be invoked as a presumed violation of some “thick” solidarity on top of the legal bond, which EU citizenship does not require, is the most intriguing question to ask the Grand Chamber and its Judge Rapporteur. This is always so with bullshit: it is a blunt attack on our intelligence.

As such case-law is proliferating, so are the dangers of the EU’s illiberal turn in the absence of both democratic and legal checks on arbitrary power. The danger that the EU and its law poses to any liberal democratic project of inclusive constitutionalism rooted in the Rule of Law, democracy and the protection of human rights is growing. Strongly preferring bestselling philosophy over law, the Court does a huge

disservice to the project of European integration, which still inspires millions. This could change overnight, and explaining the difference between the shameful EU lawlessness law and the venerable ideal of European Unity might be more difficult than our judges think.

The author was part of the expert team engaged by the Maltese government to provide legal advice on the issues of EU law in the context of the design of the first emanation of the Maltese citizenship by investment programme.

Santiago Dresen

The Nationality Lottery

Why Deprivation of Nationality Does Not Constitute Direct Discrimination on the Basis of Ethnic Origin

doi: 10.59704/6bfcd25cd72c85a0



On 24 March 2025, the Amsterdam District Court issued a consequential [judgement](#) on deprivation of nationality after a terrorist conviction, feeding into a broader [debate](#) on revocation of nationality. The ruling stated that the Dutch government could not revoke the nationality of a person convicted of terrorism-related crimes, declaring it a violation of the prohibition of discrimination based on ethnic origin laid down in Article 14 of the [European Convention on Human Rights](#) (ECHR), Article 21 of the [Charter of Fundamental Rights](#) and Article 1 of the [Dutch Constitution](#). The judgement marks a departure from previous case law established by the Council of State – the highest administrative court in the Netherlands – as it reconceptualizes the issue of deprivation of nationality as one of direct discrimination based on ethnic origin. However, it fails to provide a clear explanation for its reasoning and seems to conflate nationality with ethnicity.

This post will first briefly provide the relevant Dutch legal framework to this case, as well as an overview of the Council of State’s established jurisprudence. It will then summarise the District Court’s judgement, before concluding with some critical remarks.

Legal framework

Article 14(2) of the Dutch Nationality Act (in Dutch: [Rijkswet op het Nederlanderschap](#)) allows for the revocation of Dutch nationality of those who are convicted of terrorism-related crimes. However, due to the Netherlands’ obligations under the [European Convention on Nationality](#) and the [1961 Convention on the Reduction of Statelessness](#), which prohibit the

Netherlands from rendering a person stateless, Article 14(8) of the Dutch Nationality Act prohibits revoking the nationality of individuals who only have Dutch nationality.

In previous cases (see [here](#) paras. 5-5.1, [here](#) para. 12 and [here](#) paras. 6-6.3) the respective applicants in those cases argued that Article 14(8) of the Dutch Nationality Act illegally discriminates against dual nationals whose nationality can be revoked as opposed to mono-nationals whose nationality cannot be revoked. The Council of State has consistently rejected this argument, holding that legislation which distinguishes between comparable cases and directly discriminates on the basis of nationality is justified if there are “objective and reasonable” grounds to do so in light of the objective of the legislation. Considering the Netherlands’ obligations under the Convention on the Reduction of Statelessness, it deemed the objective of Article 14(8) legitimate. The Court has also found in all these cases that any indirect discrimination based on race, ethnic origin, and religion was justified in light of this objective.

The judgement of the Amsterdam District Court

On 24 March 2025, the Court issued a ruling in a case brought by a Dutch-Moroccan dual-national who was deprived of his Dutch nationality after being convicted of terrorism-related offenses in 2021. Just like in the preceding cases, the applicant argued that deprivation of his Dutch nationality constitutes unlawful discrimination on the basis of ethnic origin. Departing from settled jurisprudence, the District Court classified the case as one of direct discrimination on grounds of ethnic origin – as opposed to on the ground of nation-

ality. *Direct* discrimination on the basis of ethnic origin – rather than *indirect* discrimination on the basis of ethnic origin or direct discrimination on the basis of nationality – cannot be justified, regardless of the aim it serves, under the ECHR. The District Court framed this as an issue of direct discrimination on the basis of ethnicity. It reasoned that the unequal treatment stems directly from immutable characteristics – namely, descent or ethnic origin. These characteristics determine whether an individual holds a second nationality and is therefore subject to nationality revocation.

The District Court argued that due to the nationality laws of certain countries such as Turkey and Morocco, some individuals automatically acquire a second nationality despite being born in the Netherlands, without the ability to renounce that nationality (para. 17.1). The Court illustrated its findings with a hypothetical example of persons X, Y, and Z, all of whom were born in the Netherlands and have Dutch nationality. However, persons Y and Z, due to having a grandparent from Morocco and Turkey respectively, also have the nationalities of those respective countries. If X, Y and Z were all to be convicted of terrorism-related offenses, the consequences would differ significantly. X, as a sole Dutch national, would receive a prison sentence but would not face nationality revocation. Y and Z would face the same prison sentence and in addition have their Dutch nationality revoked and be expelled to Turkey and Morocco. The fact that Y and Z possess a second nationality is a direct consequence of their descent. The Court therefore concluded that the Dutch Nationality Act constitutes direct discrimination based on descent or national or ethnic origin.

The difference between nationality and ethnic origin

At the heart of this case lies the determination of whether the provision on revocation found in the Dutch Nationality Act constitutes *direct* or *indirect* discrimination based on ethnic origin. In *Timishev v. Russia*, the European Court of Human Rights (ECtHR) held that “no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic

origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures” (para. 58). However, *indirect* discrimination based on ethnic origin can be justified. In *Biao v. Denmark*, the ECtHR ruled that a law discriminating directly based on nationality, and only indirectly on ethnic origin, could be justified on the basis of “compelling or very weighty reasons” (para. 114). In *Konstantin Markin v. Russia*, the Court found that indirect discrimination can be justified on the basis of national security, given the wide “margin of appreciation” that states are afforded in matters of national security (para. 134).

The District Court found that the Dutch Nationality Act constituted direct discrimination based on ethnic origin and used the aforementioned example to illustrate this. However, the example may not fully capture the complexity of the relationship between ethnic origin and nationality status. For instance, if one assumes a hypothetical scenario in which Morocco and Turkey only grant nationality to individuals born on their territory, the ethnic origin of persons Y and Z would remain unchanged, but their nationality would not. In this case, they would be solely Dutch nationals, like person X, and none of the three would be subject to nationality deprivation. This suggests that nationality laws of third countries can be a decisive factor, potentially complicating a straightforward attribution of differential treatment to ethnic origin alone.

To further illustrate how the nationality laws of certain countries – rather than ethnic origin alone – can influence the potential for nationality deprivation, another hypothetical person can be added to the District Court’s example. If person S, like the author of this blog post, has a Colombian parent but is born in the Netherlands, S would be ethnically part Colombian and part Dutch. Yet, since Colombia does not automatically grant Colombian nationality to descendants of its nationals who are born abroad, person S would not be a Colombian national. If, unlike the author, person S were then convicted of terrorism-related crimes, they would not be at risk of having their nationality revoked, despite their ethnic background.

According to the *Timishev* standard, direct discrimination occurs where a difference in treatment is based “exclusively or to a decisive extent” on ethnic origin (para. 58). In the present case, while ethnic origin correlates with the likelihood of possessing a second nationality, it is not the decisive factor for nationality deprivation. Instead, the decisive factor is whether an individual holds a second nationality, which is determined by the nationality laws of third countries. As illustrated by the example of person S, an individual of foreign ethnic descent may nevertheless be solely Dutch if the third country does not confer nationality automatically. This demonstrates that ethnic origin alone does not trigger deprivation of Dutch nationality. Therefore, while the Dutch Nationality Act may result in indirect discrimination against individuals of certain ethnic backgrounds, it does not constitute direct discrimination under the standards articulated by the ECtHR.

Ethnicity, nationality laws and indirect discrimination

While ethnicity and nationality can be closely linked, discrimination based on nationality does not automatically amount to *direct* discrimination based on ethnic origin. However, it is likely to satisfy the test for indirect discrimination under the ECHR. In *Biao*, the ECtHR defined indirect discrimination “as a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group” (para. 16). In that judgment, the ECtHR assessed a Danish law that distinguished between Danish nationals who had held nationality for more than 28 years and those who had not. In the absence of statistics, the Court accepted the assumption that “at least the vast majority” of those meeting the 28-year threshold would be of Danish ethnic origin (para. 112). By contrast, those who did not meet the threshold “would generally be of foreign ethnic origin” and were treated differently under the law (para. 112). Consequently, the Court held that this constituted indirect discrimination on ethnic grounds. By analogy, one can argue that the Dutch Nationality Act, “though couched in neutral terms, discriminates against a group” and therefore constitutes indirect discrimination based on ethnic

origin, instead of direct discrimination, like the District Court concluded.

Revocation as a counter-terrorism measure

The line of reasoning used by the District Court, if upheld on appeal, also leaves open the question of whether revocation of nationality can ever be used as a counter-terrorism measure. While Article 15 of the *Universal Declaration of Human Rights* provides that “no one shall be *arbitrarily* deprived of his nationality”, the provision does not seek to ban deprivation of nationality in all cases. The *Statelessness Convention* also only bans nationality deprivation in cases where it renders the person stateless, or in cases where it is done on the basis of racial, ethnic, religious or political grounds. Article 7 of the *European Convention on Nationality* provides for a number of grounds under which a State Party may provide for the loss of nationality, including in cases of “conduct seriously prejudicial to the vital interest of the State Party.” The *Statelessness Convention*

The Court also cites an *amicus brief* by former UN Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Ms. E. Tendayi Achiume, submitted to the Dutch Immigration and Naturalization Service back in 2018. The Special Rapporteur, following the same reasoning as the District Court, considered that the revocation of nationality constituted discrimination on the basis of ethnic origin. However, she did so without stating whether it constitutes indirect or direct discrimination. Thus, the evidentiary value of the *amicus* to buttress the argument that the Dutch law constitutes direct discrimination is arguably limited.

Conclusion

In conclusion, the Amsterdam District Court’s ruling represents a significant departure from established Dutch case law by characterizing the Dutch Nationality Act as directly discriminating on the basis of ethnic origin. The District Court offered a solution for those who, holding a nationality that they are unable to renounce, may be deprived of their Dutch nationality, thereby leaving them with the nationality of a country

to which they have little to no connection. Yet, its reasoning is unconvincing, as it conflates nationality with ethnicity and fails to clearly establish that ethnic origin is the decisive factor in the differential treatment of dual nationals. The Dutch government has [announced](#) that it will appeal the decision to the Council of State. If upheld, this decision could have far-reaching implications for counter-terrorism policies and the legal framework surrounding nationality revocation, especially given that the Dutch government has [said](#) it is looking into whether nationality deprivation can be used in cases of antisemitism or other forms of discrimination.

Agostina Pirrello

Tilting the Scales

The Burden of Proof When Power Wears an EU Uniform

doi: 10.59704/9c490dca30a0c92b



On April 10 2025 AG Norkus delivered his [Opinion](#) in the [appeal](#) of *Hamoudi v Frontex* (Case C-136/24). Mr. Hamoudi (see comments of the case [here](#) and [here](#)) arrived in Greece by boat from Turkey in April 2020, seeking asylum. Soon after landing, Greek authorities apprehended him, seized his phone, and sent him to sea – together with other 21 people – on a life raft without any means of propulsion. While adrift, the group was flown over twice by a Frontex aircraft, before being intercepted and detained by Turkish authorities. The account of Mr. Hamoudi aligns with the sequence of events depicted by [the EU Anti-Fraud Office \(OLAF\)](#) report, which revealed pushback operations taking place in the Aegean Sea under Frontex’ watch in April 2020, including the relevant dates of the facts of the case. In an action for damages before the [General Court](#) (T-136/22), Mr. Hamoudi sought compensation from Frontex for the harm suffered due to the collective expulsion. In spite of the authoritative OLAF report corroborating the evidence presented by Mr. Hamoudi (a written declaration, a [Bellingcat article](#) concerning the events and multiple photographs taken from YouTube videos documenting the pushback), the GC dismissed the case considering the evidence adduced “manifestly insufficient to demonstrate conclusively that he was present at and involved in the alleged incident” (for a comment of the dismissal, [here](#)). Mr. Hamoudi appealed the order, thus bringing Frontex before the CJEU’s Grand Chamber for the first time since the Agency’s creation in 2004.

In his Opinion, AG Norkus tackles a question that is pivotal not only for Mr. Hamoudi’s right to compensation ex art 340(2) TFEU, but more broadly for the evolution of the EU legal system: how should the CJEU address stark power imbalances in evidentiary

matters? In formulating EU procedural rules for cases involving collective expulsions, the CJEU should take into account the blatant asymmetry in accessing evidence existing between asylum seekers adrift at sea and an EU Agency equipped with [cutting-edge surveillance technology](#). Yet, the reasoning of the AG on the allocation of the burden of proof appears to misfire in some crucial respects.

The burden of proof in case of collective expulsions

Noting that there is no EU legislation governing the concept of proof (para 24), the AG sought to delineate the rules applicable to allocate the burden of proof in cases of collective expulsions. To do so, he drew on both the case-law of the CJEU and of the ECtHR. By relying extensively also on the latter, AG Norkus expanded the playfield compared to what the GC did in the first instance, in which the court did not engage with the ECtHR standards for the evidentiary assessment (as criticized by scholars [here](#) and [here](#)). The AG pointed out, in fact, that while a declaration of violations from the ECtHR appears to differ from an action for damages before the CJEU, this distinction is “more apparent than real” (para 29). He continues – echoing the applicant during the hearing – by acknowledging that there is a “certain parallelism” between article 340 TFEU and article 34 ECHR. Following Article 52(3) of the Charter, the AG underlines that when a Charter right corresponds to one in the ECHR, the CJEU must interpret it in harmony with the ECtHR.

Examining the case-law of the ECtHR, the AG found the recent case [A.R.E. v Greece](#) particularly significant. In that case, the ECtHR applied principles developed in its own case law on secret detention in the context of collective expulsions. The ECtHR held

that when a claimant submits *prima facie* evidence and the respondent fails to disclose essential documents or provide a credible alternative account, the court may draw adverse inferences against the respondent (paras. 40–50). Crucially, the AG observed that the Strasbourg Court evaluates the *prima facie* evidence in light of the broader factual and institutional context existing at the time of the alleged violation (para 48–50).

As for EU case-law, the AG looked into various fields such as anti-discrimination, asylum, and consumer protection (paras. 30–37). The cases analyzed illustrate that the principle *probatio incumbit ei qui agit* may be modified to give claimants the possibility to access fair procedures, without breaching the right to a fair hearing at the expense of the respondent (para 35).

In line with both CJEU and ECtHR case-law, the AG rightly notes that the burden of proof in cases of collective expulsions should not rest on the claimant since “concrete evidence of collective expulsions, if it exists at all, may therefore be in the hands of the alleged perpetrators rather than of the victims thereof” (para. 51). As to the qualification of Frontex as the perpetrator of the collective expulsion, it is worth noting that in the appeal the claimant explicitly deemed Frontex as the “[true author](#)” of the collective expulsion, which was executed in line with the legally binding Operational Plan for RBI Aegean, drafted by Frontex’s ED.

Shaping the EU’s evidentiary rules

After thorough research into relevant cases, the AG outlines a series of subsequent and cumulative conditions that must be fulfilled for the burden of proof to shift from the claimant to the respondent.

The first condition (para. 57 of the Opinion) is that the claimant presented *prima facie* evidence to support their allegations. If the claimant’s account lacks consistency, coherence, or credibility, this first condition is not satisfied and the possibility of a shift of the burden of proof must be dismissed.

The second condition (para. 59) refers to a clear or structural imbalance in access to evidence. The burden may shift when the claimant faces serious difficulties

in obtaining evidence, while the respondent is in a stronger position to access and present relevant information.

The third condition (para. 60) is met when denying the shift in the burden of proof would make it impossible for the claimant to exercise their fundamental rights under EU law, while granting the shift would not infringe upon the rights of the respondent.

Applying sequentially the three conditions to Mr. Hamoudi’s case, the AG rightly suggests with regard to the *prima facie* evidence (first condition) that the GC may have set the bar too high (para 65). The AG noted, in fact, a contradiction in the GC’s formulation as the phrase “manifestly insufficient” suggests that no evidence whatsoever was submitted, while the simultaneous use of the word “conclusively” suggests otherwise. What the [AG did not notice](#) with regard to this first condition is that the GC also failed to take into account general contextual evidence, which instead, as noted by the AG when examining A.R.E., is considered by the ECtHR. The general contextual evidence in this case would be, for example, Frontex’ correspondence with national authorities showing that the Agency knew about the pushbacks (as widely documented by [investigative journalism](#)). As for the imbalance of power (second condition) the facts speak for themselves: a vulnerable individual at sea with no access to communication is clearly at a disadvantage when compared to an EU Agency with an [enormous budget and growing staff](#). Moreover, as per its Regulation, Frontex was under a positive obligation to intervene in the events recounted by Mr. Hamoudi and confirmed by the OLAF report. Articles 80(2) and (3) establish the Agency’s exclusive obligation to take action in case of human rights abuses and potential violations. The OLAF report confirmed that Frontex had been made aware of the abuses in the same month and, therefore, the Agency should have taken action. Crucially, Article 7(4) states that the Agency shall be fully responsible and accountable for any decision and for any activity for which it is solely responsible under its Regulation. As for the third condition, refusing to shift the burden would render ineffective Mr Hamoudi’s rights under, inter alia, Article 19 (protec-

tion from collective expulsion) and Article 47 (right to an effective remedy) of the Charter. Shifting the burden, instead, [would not compromise any of Frontex's rights](#). Rather, by submitting evidence, Frontex, as a public authority, would fulfill its obligation under Article 24 of the Court's Statute to assist the Court in reaching a fair and accurate outcome.

Shifting the “opponent” rather than the burden?

Having laid out the three steps that could lead to the reversal of the burden of proof, in paras 61 and 62, the AG oddly shifted from articulating procedural rules to focusing on the institutional status of the parties involved in the evidentiary dispute. He first observes that in anti-discrimination and collective expulsion cases, there is typically a presumption that the applicant faces a more powerful party and that this power imbalance justifies the automatic reversal of the burden of proof once *prima facie* evidence is presented (para. 61). However, in a surprising pivot, the AG then questions whether this presumption applies when the accused actor is not a Member State but an EU agency like Frontex. The AG states that because Frontex has “more limited powers” than Member States, it is unclear to what extent the Agency's actions can contribute to the claimant's evidentiary burden (para. 62) and that it is not self-evident whether Frontex is in a more privileged position than the applicant to rebut the allegations. This observation clearly overlooks Frontex' obligations enshrined in its Regulation. Moreover, it distorts the central issue of the case: rather than weighing Frontex' power in relation to Mr. Hamoudi, the AG shifts the claimant's opponent and compares the Agency's power to have access to evidence to that of Member States. The proper question, however, is whether Frontex, an EU agency operating under a legal obligation to uphold fundamental rights, is better placed than the applicant to access and disclose the relevant evidence of a collective expulsion. Moreover, the AG's suggestion that relevant evidence may lie with national authorities risks devaluing the “parallelism” mentioned by the AG himself (see above) between article 34 ECHR and article 340 TFEU. This is because it disregards the differ-

ences that should make the ECtHR competent to assess violations by Contracting Parties on the one hand, and the EU courts competent to “make good any damage caused by its institutions or by its servants” on the other. According to the AG, the burden of proof does not shift automatically to Frontex because of its “more limited powers” compared to national authorities. However, the specific facts of the case tell another story: as the Opinion itself notes (para. 63), the very nature of “ghost landings” implies that national coast guards may not be present at sea, thus increasing Frontex' central role and responsibility as per Article 80(2) and 80(3) read in line with Article 7(4) of Frontex Regulation (see above). Furthermore, both the OLAF report and Frontex' statements during the hearing confirmed that the Agency had prior knowledge of the ghost landings carried out by the Hellenic Coast Guard (see also the [letter of Frontex' ED to Greek authorities](#) enquiring about pushbacks in April 2020). As a result, Frontex was under a clear duty to work with national authorities to prevent human rights violations, of which the Agency was aware. Thus, Frontex is in the best – and probably only – position to verify or refute the *prima facie* evidence presented by Mr. Hamoudi, including whether one of its surveillance aircrafts was operating over the relevant area during the alleged collective expulsion and whether the Agency failed to report what it observed, thus contravening its obligations.

Time to advance access to justice

As to the next steps of the case, the AG offers the CJEU two options: if the Court considers that the proceedings before the GC allow a determination that the appellant presented *prima facie* evidence and the evidence is found lacking, then the appeal should be dismissed. If the Court either lacks sufficient basis to decide or finds the evidence sufficient, the appeal should be upheld, the order set aside, and the case referred back to the GC to assess whether the burden of proof should shift.

This conclusion does not seem satisfactory, as the state of the proceedings before the GC certainly enables the CJEU to conclude that the appellant has

provided *prima facie* evidence and that also the other conditions outlined by the AG for the shift of the burden of proof are complied with.

In spite of the critical points outlined, the Opinion has the potential to strengthen access to justice vis-à-vis Frontex. As noted by Front-Lex, a crucial step forward is the application of Strasbourg principles to cases involving non-state actors like Frontex. To date, the GC has consistently refrained from applying the minimum threshold of protection set by the ECtHR in cases involving Frontex. As such, the AG Opinion might mark a positive development and could still pave the way for a CJEU's decision that fosters access to justice in the EU.

Matilde Rocca

Longing for Safety before the European Court of Justice

The Advocate General's Advisory Opinion in *Alace* and *Canpelli*

doi: 10.59704/7d53253ac705cdf1



On 10 April 2025, the Advocate General (AG) Richard de la Tour of the European Court of Justice (ECJ) delivered his [Advisory Opinion in the joined cases C-758/24 *Alace* and C-759/24 *Canpelli*](#). The Opinion dealt with the powers of Italy – and, by extension, other EU Member States (MS) – to legislate on what constitutes a “[safe third country](#)” (STC) and a “[safe country of origin](#)” (SCO). The AG confirmed that Italy can list a third country as “safe” when it is “generally” deemed as such, provided that this designation is compliant with EU law. De la Tour also noted that in cases where an applicant’s request for asylum or international protection is rejected, a national judge may request to review the sources that a MS relied upon to designate a STC, if they have not been published before.

While the AG’s insistence that EU law and standards of international protection must be respected is to be welcomed, the Opinion lacks elaboration on the designation of a country as “generally” safe though some exceptions of groups of people at risk may be found. This piece discusses how the human rights of applicants seeking international protection are likely to be hindered by this approach.

The Italy-Albania Protocol

The *Alace* and *Canpelli* cases revolve around the [Italy-Albania Protocol](#) (signed on 6 November 2023), which has been [widely discussed](#) for its offshore asylum processing model. In a nutshell, the Protocol allows Italy to complete accelerated border procedures on Albanian territory but under Italian jurisdiction in two centres, Shengjin and Gjader. The legal issues stem-

ing from the Protocol are numerous and include the [externalisation of asylum procedures](#), extraterritorial jurisdiction, and [the compatibility of national laws with EU law](#). The Protocol also raises [concerns over human rights protection](#).

The concepts of STC and SCO are central to Italy’s struggle to implement the Protocol. Crucially, the Albanian centres can only host people coming from a safe country. This provision is proving to be thorny for the Italian government. In [one instance](#), the Tribunal of Rome held that 12 migrants who were not granted international protection after the accelerated asylum procedures could not be kept in Gjader since their home countries – Egypt and Bangladesh – were not deemed safe. The same conclusion was reached in [another case](#) involving 7 migrants also from Egypt and Bangladesh. The Italian Government promptly reacted to these judicial decisions and passed a [Decree on 23 October 2024](#) which added both Egypt and Bangladesh to its list of safe countries (the list has been left [unaltered for 2025](#)).

On 4 November 2024, the Tribunal of Rome lodged a [request for a preliminary ruling](#) to the ECJ seeking clarification on the powers of MS to designate a third country and countries of origin as safe by a legislative act of primary law.

The Advisory Opinion

The request for a preliminary ruling lodged by the Tribunal of Rome referred four questions to the Court: (a) whether EU law precludes a MS from designating a third country as a SCO, (b) whether EU law requires sources considered when designating a country of

origin as “safe” to be “accessible and verifiable”, (c) whether national courts can rely on sources other than those referred to in the Directive 2013/32 when reviewing the designation of “safety”, and (d) whether MS can designate a third country as “safe” when there are groups that are persecuted within that country.

Key to answering the Tribunal’s questions is the [Directive 2013/32](#) with the main objective to develop standards for procedures in MS to grant and withdraw international protection to establish a common asylum procedure in the Union (Recital 12). Particularly relevant are Article 36 on the concept of safe country of origin, Article 37 on the national designation of third countries as safe countries of origin, Article 46 on the right to an effective remedy as well as Article 47 on the right to an effective remedy of the [Charter of Fundamental Rights of the European Union](#) (the Charter).

Referring to Articles 36 and 37, Directive 2013/32, the AG concluded that EU law does not preclude a State to define a third country as safe provided that such designation ensures the primacy of EU law and does not impact the purpose and objectives of the Directive itself (para. 39, cf. [Case C-134/23 Elliniko Symvoulío](#) and [C-406/22 Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky](#)).

Considering the second and third questions jointly, the AG proceeded to state that, in the event of an applicant filing a case upon rejection of a request for international protection, a national judge may review the sources that the State relied on to list a third country as safe if they have not been published previously (according to Article 46(3), Directive 2013/32) (paras. 62-64).

De la Tour also noted that a MS may designate a third country as safe, even when there are some categories of people that are deemed “at risk” in that same third country. These groups of people ought to be “limited, and clearly identifiable” (para. 70). However, the AG specified that the margin of discretion accorded to MS is not unlimited and must not be exercised without prejudice to the objectives and purpose of the Directive 2013/32, invoking the principle of proportionality (para. 87 and para. 93). The Opinion also relies on the designation of a country as “generally”

safe (*généralement*, in the French version), as mentioned in Annex I to the Directive 2013/32 (paras. 78-79). De la Tour fleshed out the meaning of “generally” by referring to Recital 42, Directive 2013/32 which states that “an absolute guarantee of safety” cannot be established. Rather, “the assessment underlying the designation can only take into account the general civil, legal and political circumstances in that country” (para. 79). The AG elaborated on “generalisation and exceptions”, specifying that there may be exceptions to the designation of a country as generally safe (para. 80). However, he noted that when there are too many exceptions to the generally safe third country, such conditions may lead to the conclusion that it is in fact not safe (para. 92).

Assessing safety

The AG overall confirmed that standards of international protection ought to be respected in accordance with EU law and international law. The AG’s answer to the first question does not come as a surprise since he relied on two recent cases decided by the Court. He also conformed to the European Commission’s interpretation of Articles 36 and 37, Directive 2013/32, as presented at [the hearing of the Alace and Canpelli cases on 25 February 2025](#). Here, then, de la Tour seems to be seeking to strike a balance between showing some deference to MS and upholding the primacy of EU law.

Concerning the responses to questions b) and c), the AG invoked the principle of proportionality and warned MS to respect the right to an effective remedy, enshrined in [Article 47 of the Charter](#). De la Tour was dealing here with actions brought against the rejection of a request for international protection. In such instances, he noted, the applicant’s right to an effective remedy ought to be respected and the sources that a MS relied on to designate a STC published (para. 64). As the AG explained, the publication of the sources relied upon to designate a country as safe reinforces the credibility and authority of a presumption of safety, which is in turn linked to the efficiency of review of asylum applications (para. 52). When sources have not been made publicly available, the national

judicial authority may request to review them to assess the legality of the process of designation of safety (para. 65). This is a critical point in the Opinion that confirms the importance of the judiciary to verify compliance with international law and EU law, by reviewing national policies and domestic law, to ensure that applicants will be able to defend their rights (para. 58).

Turning to the response to question d), as mentioned, the Opinion specifies that a country may be deemed as generally safe, even though “limited, and clearly identifiable” groups of people could be at risk there (para. 70). The AG also provided some examples of groups of people that may be subjected to persecution, including, but not limited to, people belonging to the LGBTQIA+ community, victims of gender-based violence, ethnic and religious minorities (para. 92).

The main issue here is that it is unclear how a country can be considered as generally safe when there are “limited” groups that are at risk (para. 70). De la Tour notes that when too many exceptions are found, the presumption of general safety will not hold, and that “these exceptions would rather reflect the existence of generalised and systemic failures or deficiencies in the obligations incumbent on the third country concerned towards its population” (para. 92). However, the Opinion remains vague in relation to how many groups at risk ought to be identified to counter the presumption of safety. Moreover, as noted by the AG, the group or, potentially, groups at risk ought to be “clearly identifiable” (para. 70). One may question how much clarity can be achieved regarding the identification of such group(s) due not least to [the lack of a set-in-stone definition and interpretation of the term “persecution”](#). These are two key points that the Opinion does not elaborate on enough and are likely to loosen the standards to determine the safety of third countries.

These are not new issues. In 1998, Henry Martenson and John McCarthy problematised the use of the concept of SCO, discussing the need to establish solid procedural safeguards, such as [“independent scrutiny of the criteria that apply”](#), when designating a country as safe. In 2016, Cathryn Costello noted that “SCO

[designations must be based on rigorous processes and sources, if they are to be credible and fair.](#)” Though she also warned that [“the institutional structures thus far, at national and particularly at the EU level, seem likely to politicise determination.”](#) Today, the politicisation of the determination of STC and SCO continues to be a concern.

In sum, though the Opinion calls for respect of EU law and standards of international protection, it is unclear regarding the determination of general safety. Thus, MS can rely on a flexible and discretionary presumption of a generally safe country, to which exceptions may be found. Adopting a logic of exceptionalism to counter the presumption of (general) safety is likely to hinder the human rights of applicants seeking international protection as the cases of *Alace* and *Canpelli* themselves have shown.

Is anywhere safe?

As the centres in Albania have been emptying, on 28 March 2025 the Italian government approved yet another [Decree](#) to [“save” the Italy-Albania Protocol](#) and use the centres to [repatriate migrants](#) whose applications for international protection have already been rejected in Italy. On 11 April 2025, [40 migrants were transferred from Italy to Albania](#). However, the pursuit of safety is not over with the joined cases still pending before the ECJ. The “exceptionalism approach” may put at risk the human rights of applicants seeking international protection, if the standards to determine the general safety of a country remain vague. A clarification on behalf of the Court on this point would be desirable, provided that the ECJ will be mindful of the vulnerability of such processes to politicisation. Overall, undue reliance on the lists of safe countries and the discretionary assessments to designate STC and SCO are likely to further put at risk human rights and to lower international protection standards.

Marie-Laure Basilien-Gainche

Dismantling *Jus Soli*

On the Decision of the Conseil Constitutionnel n° 2025-881 DC

doi: 10.59704/6db13113705f460f



The principle of *jus soli* has been progressively dismantled in France through the tightening of conditions governing access to French nationality in Mayotte – the 101st department of the Republic and an archipelago in the Comoros located in the Indian Ocean. France does not recognize an absolute form of birthright citizenship. Birth on French soil does not in itself confer nationality. The acquisition of French nationality by birth is subject to legal conditions: a child born in France may acquire nationality if [at least one parent was also born on French territory](#); if neither parent was born on the French soil, [the child must have resided in France for at least five years](#) since the age of 11 in order to automatically acquire French nationality at age 18, or by declaration from the age of 13.

In the case of Mayotte, [the 2018 Immigration Law](#) introduced an additional requirement. This restrictive approach was reinforced by the adoption, on 9 April 2025, of [a new legislative measure](#) – supported by the Government – designed to further limit access to birthright citizenship. The *Conseil constitutionnel* upheld the constitutionality of the contested provisions in [its decision of 7 May 2025](#). This legislative sequence is striking given its temporal proximity to the humanitarian crisis affecting Mayotte as Cyclone Chido devastated the territory in December 2024. Nevertheless, both Parliament and Government chose to advance a securitarian agenda, focusing on the stigmatization of foreigners, rather than prioritizing the humanitarian needs of the archipelago population.

The restriction of *jus soli* in Mayotte

In Mayotte, the acquisition of French nationality through *jus soli* was already constrained prior to the recent legislative reform. In general, to access nationality proof of five years' residence in France is required. However, children born to foreign nationals often reside in informal settlements and do not possess required documentation. This makes it difficult to establish continuous lawful residence with the effect of many children being excluded from *jus soli*.

[The 2018 Immigration Law](#) introduced an additional criterion specific to Mayotte: children born there to non-French parents may only acquire French nationality if, at the time of birth, [at least one parent has been residing legally and continuously in France for a minimum of three months](#). This measure further restricted access to nationality. Subsequently, [a legislative proposal initiated by the *Les Républicains* party](#) sought to further tighten access to French nationality for children born in Mayotte. Justified as a means to combat irregular migration, the proposal originally required that both parents have been legally present in France for at least one year at the time of the child's birth. The National Assembly amended the proposal to impose a more stringent condition: legal residence of both parents for a minimum of three years. However, in March, [the Senate reverted](#) to the initial one-year requirement. Ultimately, both chambers reached agreement in April on this latter version. The *Conseil constitutionnel* in [its decision of 7 May 2025](#) upheld the constitutionality of the adopted provisions.

Nonetheless, the compatibility of this legislative text with the French Constitution remains question-

able, as emphasized in the *contribution extérieure* submitted by Lisa Carayon and Serge Slama.

Notably, no impact assessment was conducted in relation to the implementation of the 2018 Immigration Law. The number of children acquiring French nationality through *jus soli* in Mayotte declined significantly from approximately 2,800 in 2018 to just 900 in 2022. However, the primary objective underpinning this restriction – the deterrence of irregular migration – has not been achieved. Yet this very goal drove the political agenda advanced by *Les Républicains* and later endorsed by Interior Minister, Bruno Retailleau, and Minister of Justice, Gérald Darmanin. The latter, while serving as Minister of the Interior in January 2024, proposed the complete abolition of *jus soli* in Mayotte.

The idea that restraining the access to French nationality serves to reduce migratory flows lacks evidentiary support. To date, no scientific study has established a causal link – or even a significant correlation – between nationality law and migratory flows. Accordingly, reforms aimed at restricting access to nationality appear unfounded. Indeed, despite the implementation of the 2018 law, arrivals of Comorian and sub-Saharan African nationals on Mayotte's shores have continued unabated.

Moreover, the notion that a nationality restriction – whose effects would only be felt thirteen years after a child's birth – could deter migration ignores the complex socio-historical realities of the region. Migration between the islands of the Comoros archipelago is deeply rooted in longstanding familial, cultural, and historical ties. Citizens of the Islamic Republic of the Comoros will continue to travel to Mayotte to reunite with family members and to escape a dire socio-economic situation. As for migrants arriving from continental Africa, many originate from the Great Lakes region, which includes several states known for producing refugees due to ongoing conflict and persecution. The decision to migrate to Mayotte is not determined by an eventual access to French nationality but rooted in “push factors.”

The temptation to suppress *jus soli* in Mayotte

In January 2024, then-Minister of the Interior Gérald Darmanin advocated for the abolition of *jus soli* in Mayotte, declaring that “it will no longer be possible to become French unless one is the child of a French parent.” His successor, current Interior Minister Bruno Retailleau, reiterated this position in February 2025. Within far-right political circles, the suppression of *jus soli* in Mayotte is viewed as a precursor to broader reforms aimed at dismantling *jus soli* nationwide. All this echoes the ideological discourse historically advanced by the far right, dating back to the leader of *Action Française*, Charles Maurras, whose doctrines continue to inform the ideological foundations of contemporary far-right positions in France.

The initial restriction of *jus soli* in Mayotte introduced by the 2018 Immigration Law was upheld by the *Conseil constitutionnel* in its decision of 6 September 2018. The *Conseil* relied on Article 73 of the French Constitution of 1958, which permits legislative adaptations in overseas departments in light of their “particular characteristics and constraints.” On this basis, the *Conseil constitutionnel* deemed the requirement of a three-month legal residence by one parent at the time of the child's birth in Mayotte to be a permissible legislative adaptation to address the specific migratory pressures affecting the archipelago. The *Conseil constitutionnel* reaffirmed this reasoning in its 2025 decision concerning the 2025 legislative reform. It held that the prospect of acquiring French nationality could legitimately be regulated in a way that purportedly mitigates irregular migration flows into Mayotte.

Aside from the lack of evidentiary support for a link between restrictive nationality laws and a reduction in migratory flows, the *Conseil's* reasoning suffers from two additional flaws.

First, the requirement that both parents must have legally resided in Mayotte for a period of one year at the time of the child's birth cannot reasonably be regarded as a mere territorial adaptation of national law. Rather, it constitutes a substantive dismantling of the *jus soli* principle, going beyond what Article 73 of the Constitution allows.

Second, the reform raises legal questions under Article 1 of the French Constitution of 1958. By introducing differentiated access to nationality based solely on the territory of birth within the French Republic, the reform may infringe upon the principle of equality between children born on French soil – whether in Mayotte or elsewhere in France. Such differentiation also risks undermining the constitutional principle of the indivisibility of the Republic, effectively creating a distinction between the national territory as a whole and a single overseas department. A complete suppression of access to nationality for those born in Mayotte would take this even further. This would mark a regressive return to a colonial-era system, under which *jus soli* did not apply to children born there. That regime was only abolished in 1993 under a conservative government, prior to Mayotte's accession to the status of a departmental collectivity.

What about *jus soli* in metropolitan France?

The constitutional analysis would differ if the abolition of *jus soli* were extended to the entirety of French territory, including metropolitan France. While this would avoid violating the principle of the indivisibility of the Republic, it would remain highly questionable. The *Conseil constitutionnel* has never recognized *jus soli* as a constitutional principle, neither in its 1993 jurisprudence nor in its 2018 ruling. It has explicitly refused in 2025 to acknowledge *jus soli* as one of the “*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*” (fundamental principles recognized by the laws of the Republic).

This stance can be criticized. Although access to nationality for children born on French soil can be traced to practices under the Ancien Régime, *jus soli* can be regarded as a foundational element of the Republican legal tradition. It was reaffirmed during the Revolution and consolidated under successive French Republics. For one, the laws of 26 June 1889 and 10 August 1927 both enshrined *jus soli*. It has also been applied continuously and without substantial interruption across the national territory (with the exception of Mayotte prior to 1993) even during the Vichy regime. So it could be seen as a fundamental principle

of the Republic, thus being part of the “*bloc de constitutionnalité*” and so benefitting from a constitutional value.

During deliberations on the legislative proposal, Prime Minister François Bayrou raised the prospect of initiating a broader national debate on the question: “*What does it mean to be French?*” Such a discussion is both concerning and misleading, particularly given that a similar public debate was already launched in 2009 under President Nicolas Sarkozy's administration.

It is concerning as it amplifies rhetoric such as that of Interior Minister Bruno Retailleau, who explicitly linked migratory issues in Mayotte to the fact that most migrants are Black and Muslim. This rhetoric advances a racialized and exclusionary understanding of French nationality, and resonates with far-right slogans. This is fundamentally at odds with the constitutional values of the Republic and the social reality of France's pluralistic citizenry.

It is misleading because it conflates two distinct concepts: nationality and citizenship. Nationality constitutes a legal bond between an individual and the State, conferring legal status and protection under international and domestic law. Citizenship, by contrast, refers to the set of political rights and duties associated with democratic participation. When the Prime Minister invoked “rights and duties” as central to French identity, he blurred this distinction, contributing to public confusion around the legal foundation of nationality law.

The foundational principles enshrined in the national motto – Liberty, Equality, Fraternity – should be sufficient to articulate what it means to be French, transcending distinctions of race, religion, and origin.

The elephant in the room

A fundamental question persists. Why is migration once again being framed as the central issue in Mayotte, when the priority should instead be the management of a severe humanitarian crisis caused by Cyclone Chido – a crisis that has been compounded by a prolonged water shortage, rising levels of delinquency, and escalating insecurity? Why is the govern-

ment choosing to reopen a divisive national debate on the definition of French identity, rather than addressing the material and structural causes of the crisis?

As political theorist [Benjamin Boudou](#) has argued, such a posture may be explained by the instrumentalisation of migration as a policy diversion. What he terms the “*migrantisation*” of public policy refers to the tendency of political actors to attribute complex socio-economic failures to the presence of migrants, thereby deflecting attention from state responsibility and systemic dysfunctions. This dynamic is particularly visible in Mayotte – the poorest department of the French Republic – where the population is experiencing a marked deterioration in living conditions. Education, employment, healthcare, justice, housing, and inequality are the domains in urgent need of comprehensive policy engagement if the fabric of social cohesion is to be restored.

Rather than securitising nationality law and fuelling identity-based tensions, policymakers should refocus their efforts on the structural reforms required to uphold the principles of the French Republic.

Clemens Arzt

Versammlungsfreiheit auch mit Plastikvisier



Warum es den EGMR braucht, um Versammlungsfreiheit auch in Deutschland zu verstehen

doi: 10.59704/6e23d83384d4f872

Das Verbot sogenannter Schutzwaffen wurde 1985 mit [§ 17a Abs. 1 VersG Bund](#) (nachfolgend VersG) in das Versammlungsgesetz des Bundes von 1953 eingeführt. Seitdem „ist verboten, bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen.“ Wer dies dennoch tut, kann nach [§ 27 Abs. 2 VersG](#) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden. Wer sich bei einer Demonstration gegen eine Verletzung schützt, ist also Straftäter*in.

Das Verbot eines Körperschutzes bei Versammlungen ist seit jeher umstritten. Dennoch sahen die deutschen Gerichte auch im jüngst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschiedenen Fall [Russ ./. Deutschland](#) keinen Anlass zur Korrektur – obwohl Art. 8 GG wie auch Art. 11 EMRK den Schutz von Leben und Gesundheit der Versammlungsteilnehmer*innen garantieren und polizeiliche Maßnahmen, etwa in Berlin, teils auf deren [gezielte Verletzung](#) hinauslaufen. Es brauchte nach zehn Jahren Verfahrensdauer erst den EGMR, um hier zumindest eine menschenrechtliche Schranke einzuziehen, nachdem das [BVerfG](#) die Sache ohne ein Wort der Begründung nicht zur Entscheidung annahm.

Versammlung als Gefahr

Trotz wohlschimmernder Namen und euphemistischer Begriffe wie „Versammlungsfreiheitsgesetz“, dient das deutsche Versammlungsrecht bis heute¹ in erster Linie nicht der Gewährleistung eines Grund- und Menschenrechts auf gemeinsame öffentliche Meinungskundgabe. Im Zentrum steht vielmehr noch immer die Abwehr von „Gefahren“, die aus Sicht der Polizei und Versammlungsbehörden von Versammlungen ausgehen. Entsprechend sehen die Versammlungsgesetze des Bundes und der acht Länder mit eigenen Gesetzen (Bayern, Berlin, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein) in der Versammlung vor allem ein Sicherheitsrisiko. Sie erscheinen aus behördlicher Perspektive als etwas, das umfassend kontrolliert werden muss – mit Hürden bei der Anmeldung, seitenlangen Auflagenbescheiden für die Durchführung, kleinlichen Verboten und Auflagen zu Parolen, Transparenten, der Länge und Breite, zu Transparentstangen, Demonstrationstrouten, Versammlungsorten oder auch der Distanz zu etwaigen Gegendemonstrationen. In Berlin wird im Kontext von Versammlungen zum Krieg Israels in Gaza sinnigerweise sogar der Gebrauch der arabischen Sprache unterbunden.

Hinzu kommen gesetzliche Regelungen zu den mitgeführten Gegenständen, die eine jederzeitige polizeiliche Identifizierung erschweren könnten (Vermummungsverbot), als gehöre es zum Wesen der Versamm-

¹ Äußerst Instrukтив und detailliert Breitbach/Deiseroth, Geschichte des Versammlungsrechts, 2023, 967 Seiten.

lungsfreiheit, sein Gesicht in die ubiquitären Polizeikameras halten zu müssen. Verboten ist – und darum ging es im zu entscheidenden Fall – auch der Eigenschutz, insbesondere gegen Angriffe durch die Polizei: Wer Helm oder Schutzbrille oder eben hier ein einfaches Plastikvisier trägt, riskiert eine Strafanzeige wegen Verstoß gegen das „Schutzwaffenverbot“. Ohne einen solchen Schutz können indes [Prügelorgien](#) der vollausgerüsteten Polizei wie am [Nakba-Tag 2025 in Berlin](#) neben Körperverletzungen bei Demonstrierenden auch eine abschreckende und traumatisierende Wirkung entfalten. Wer das am eigenen Körper erfahren hat, wird so schnell nicht wieder auf die Straße gehen.

Schutz „Waffen“, Schutzgegenstände und „Gewaltbereitschaft“

Waffen im Sinne des [§ 1 WaffG](#) sind Schusswaffen oder ihnen gleichgestellte Gegenstände und tragbare Gegenstände, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen, insbesondere Hieb- und Stoßwaffen. Der Begriff der „Schutzwaffe“ hingegen findet sich weder hier noch ist er im Versammlungsrecht legaldefiniert. Waffen gehören zur Standardausrüstung der Polizei, je nach Bundesland in unterschiedlichem Umfang. Dazu zählen insbesondere Schuss- und Hieb- sowie Reizstoffe und Distanzelektroimpulsgeräte (Taser). Letztgenannte werden in manchen Bundesländern als sogenannte „Hilfsmittel der körperlichen Gewalt“ statt Waffen eingeordnet. Während Waffen auf aktives Angreifen und Verletzten abzielen, geht es bei Schutzgegenständen gerade um passive Abwehr. Sie dennoch als Waffen zu bezeichnen, verfehlt bereits deren Zweckbestimmung und lässt ihre Verwendung als Unrecht erscheinen.

In der Literatur wird das Verbot von „Schutzwaffen“ häufig mit einer hierdurch hervorgerufenen aber empirisch nie belegten gesteigerten Gewaltbereitschaft der Betroffenen begründet – auch dann, wenn sie die Gegenstände lediglich mitführen (zur Diskussion in Hessen [StGH 6.5.2025 Rn. 230 ff.](#); eine mit Blick auf [Art. 14 HessVerf](#) durchaus diskutabile Entscheidung). Das [HVersFG](#) (sicher kein liberaler

Gegenentwurf), vertritt beispielsweise einen anderen Ansatz, wenn nach [§ 18 Abs. 1](#) verboten ist, „bei oder im Zusammenhang mit einer Versammlung unter freiem Himmel Gegenstände mit sich zu führen, die als Schutzausrüstung geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren“. Hier wird immerhin verbal „abgerüstet“.

Der StGH Hessen führt in diesem Kontext aus:

„Allein aus dem Umstand, dass Menschen Vorsorge dafür treffen wollen, nicht Gewalt ausgesetzt zu werden, lässt sich nicht auf die Absicht einer Unfriedlichkeit gerade dieser Personen schließen. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es bei Versammlungen zum Einsatz von Gewalt kommen kann, die durch Unfriedlichkeit anderer an der Versammlung teilnehmender Personen oder durch polizeiliche Maßnahmen ausgelöst werden kann. Es besteht insoweit ein Unterschied zum Waffenverbot, welches aggressives Verhalten erschwert.“ (Rn. 240)

In der Entscheidung heißt es weiter:

„Soweit die rechtsanwendende Behörde eine Maßnahme auf die in [§ 18 HVersFG](#) bestimmten Verbote stützen will, muss sie stets die Motivation der Adressaten prüfen. So ist sichergestellt, dass beispielsweise berechtigte Schutzmaßnahmen von an der Versammlung teilnehmenden Personen vor Übergriffen privater Dritter nicht gegen das Schutzausrüstungsverbot und das Tragen einer Schutzmaske aus rein gesundheitlichen Gründen oder eine Gesichtsverdeckung aus allein religiösen Gründen nicht gegen das Vermummungsverbot verstoßen“ (Rn. 248). „Das Schutzausrüstungs- und Vermummungsverbot bleibt sanktionslos, wenn im Einzelfall keine entsprechende Anordnung durch die Behörde getroffen wird. Denn [§ 25 Abs. 2 Nr. 5](#) und [Nr. 6 HVersFG](#) (Straftaten) sowie [§ 26 Abs. 1 Nr. 17](#) und [Nr. 18 HVersFG](#) (Ordnungswidrigkeiten) setzen jeweils eine konkretisierende behördliche Anordnung voraus.“ (Rn. 252)

Drei der elf Richter*innen widersprachen dieser Bewertung in einem Sondervotum. Sie lehnten die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Verbotsnormen ab:

„Die Mehrheitsbegründung erkennt zwar verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Verbote an, hält aber eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften für möglich. Dies kann nicht überzeugen. Weder das Verbot des Mitführens von Schutzausrüstung noch das Vermummungsverbot lassen sich durch hinreichend erhebliche Gefahren für Güter von Verfassungsrang rechtfertigen.“ (a.a.O. S. 115 ff.)

Was sagt nun der EGMR?

Anlässlich der Eröffnung des EZB-Neubaus 2015 in Frankfurt demonstrierten am 18. März 2015 rund 17.000 Menschen. Der Kläger beteiligte sich an der angemeldeten, friedlich ausgerichteten Versammlung „bunt, laut – aber friedlich“. Währenddessen trug er zeitweise ein durchsichtiges Visier mit der kleinen Aufschrift „Smash Capitalism“ vor dem Gesicht. Das Amtsgericht Frankfurt wertete dies als „Schutzwaffe“ im Sinne von §§ 27 Abs. 2, 17a VersG und verhängte eine Geldstrafe von 400 Euro (40 Tagessätze à 10 Euro). Landgericht und Oberlandesgericht bestätigten das Urteil. Die Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg; das Bundesverfassungsgericht nahm sie ohne Begründung nicht zur Entscheidung an (Beschl. v. 18.03.2020, Az. 2 BvR 1796/19).

Das Amtsgericht begründete die Eigenschaft als „Schutzwaffe“ iSv § 17a Abs. 1 iVm § 27 Abs. 2 Nr. 1 VersG (das HVersFG trat erst später in Kraft) damit, dass das Plastikvisier keinen anderen Grund bei dieser Demonstration gehabt haben könne, als sich gegen Pfefferspray oder andere Gase oder Flüssigkeiten zu schützen und dadurch – trotz möglicher polizeilicher Maßnahmen – länger an der Versammlung teilnehmen zu können. Hieran ändere auch die Aufschrift *Smash Capitalism* nichts, da diese auch am Hinterkopf sichtbar gewesen und in diesem Falle nicht als Schutzwaffe einzuordnen gewesen sei. (EGMR Rn. 10 f.). Nach den Ausführungen des EGMR folgte das Landgericht dieser

Auslegung mit der wenig plausiblen Erläuterung, die Aufschrift *Smash Capitalism* belege die Verwendungsabsicht (ebd. Rn. 13). Auch ein Verbotsirrtum habe nicht vorgelegen, weil der Kläger seit langem als Aktivist in der Demonstrationsszene tätig sei und zudem hätte die Polizeibeamten*innen vor Ort fragen können, ob das Visier ein verbotener Gegenstand sei (ebd. Rn. 14).

Der Kläger zog vor den EGMR. Die Straßburger Richter*innen sahen in seiner Verurteilung einen Verstoß gegen die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK). Die deutschen Gerichte hätten nicht dargelegt, warum das Tragen eines behelfsmäßigen Visiers eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle, meint der EGMR. Die Bundesregierung trug beim EGMR vor, die Demonstration am 18. März 2015 sei gewalttätig gewesen und das Visier habe den Willen des Betroffenen zum Ausdruck gebracht, sich hieran zu beteiligen oder sich gegen Zwangsmaßnahmen der Polizei zu schützen. Das Visier sei daher unabhängig von seinem Design geeignet gewesen, Aggressionen auf Seiten der Versammlungsteilnehmer*innen zu schüren. Zudem sei der Kläger nicht in seiner Versammlungsfreiheit beschränkt worden, weil die Verurteilung erst im Anschluss erfolgt sei (a.a.O. Rn. 31); ein wirklich beeindruckendes Argument angesichts der Abschreckungswirkung des Versammlungsstrafrechts.

Der EGMR verneint einen gezielten Eingriff in die Meinungsfreiheit des Klägers aus Art. 10 EMRK. Mit Blick auf den Schutz der Versammlungsfreiheit aus Art. 11 EMRK stellt das Gericht einleitend – und im Einklang mit der deutschen Rechtslage – fest, dass Gewalttätigkeiten oder andere Straftaten kleiner Gruppen oder Einzelner in einer Versammlung den Schutz Dritter aus Art. 11 nicht beeinträchtigen könnten oder dem Veranstalter eine solche Intention unterstellt werden könne (Rn. 36). Die Beweislast dafür liege bei den Behörden und sei hier mit Blick auf die Versammlung, an der der Kläger teilnahm, nicht erbracht worden (Rn. 37 ff.). Es habe mithin ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 11 EMRK vorgelegen. Zwar enthalte das VersG keine Legaldefinition des Begriffs

Schutzwaffe, diese lasse sich jedoch aus den öffentlich zugänglichen Gesetzgebungsgründen entnehmen (Rn. 45). Das Verbot sei grundsätzlich mit den Anforderungen aus Art. 11 Abs. 2 EMRK vereinbar (Rn. 48) und es könne auch die Notwendigkeit des gesetzlichen Verbotes in einer demokratischen Gesellschaft nicht verneint werden (Rn. 52). Hier liegt das Gericht also im Kern auf der Linie der veralteten VersG des Bundes.

Die deutschen Gerichte hätten jedoch nicht beachtet, so der EGMR, ob das Visier des Klägers tatsächlich die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt habe und hätten auch nicht begründet, warum dieses zum Schüren von Aggressionen geeignet gewesen sei oder der Kläger offenkundig gewillt gewesen sei, Gewalt anzuwenden. Während eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit für bestimmte Gegenstände wie Schutzschilde, Stahlhelme oder Gasmasken durchaus abstrakt bejaht werden könne, sei das Visier des Klägers zwar aus relativ hartem Material gewesen, es sei aber dünner und flexibler als Plexiglas gewesen (Rn. 53). Der EGMR beanstandet auch, dass die deutschen Gerichte nicht geprüft hätten, ob nicht die Voraussetzungen aus § 17a Abs. 3 VersG vorgelegen hätten (Rn. 54). Zudem habe die zuständige Behörde auch nicht gemäß § 17a Abs. 4 VersG das Abnehmen des Visiers angeordnet (Rn. 55).

Grundsätzlich führt das Gericht weiter aus, dass friedliche Versammlungen nicht unter der Drohung von Sanktionen stehen dürften. Strafgerichte müssten zudem im Kontext von Versammlungsstraftaten Art. 11 beachten und begründen, warum strafrechtliche Sanktionen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig seien. Dennoch hätten die deutschen Gerichte das Recht auf Versammlungsfreiheit nicht hinreichend gegen die Anforderungen der Gefahrenabwehr abgewogen und die spezifischen Umstände der betroffenen Versammlung hinreichend beachtet:

„In the particular circumstances of the case, the Court considers that the domestic courts failed to explain why the carrying of the simple visor constituted a threat to public safety which rendered the applicant's criminal conviction necessary in a democratic society.“ (Rn. 56)

Damit hatte die Klage vor dem EGMR Erfolg.

Fazit

Das Urteil ist eine deutliche Rüge für die Verwaltungsbehörden und Strafgerichtsbarkeit mit Blick auf die durch das Grundgesetz und die EMRK geschützte Versammlungsfreiheit. Der nicht einmal begründete Nichtannahmebeschluss des BVerfG stellt diesem ebenfalls kein gutes Zeugnis aus. Der EGMR setzt klare Maßstäbe, die Versammlungsbehörden, Polizei und Gerichte zukünftig zu berücksichtigen haben (BVerfG 111, 307 – *Görgülü*). Das betrifft das oft schematische Vorgehen gegen jedweden Schutzgegenstand, sei es durch präventive Verbote oder strafrechtliche Sanktionen. Hier arbeitet der EGMR die Anforderungen der EMRK an den Schutz der Versammlungsfreiheit deutlich heraus, welche in der versammlungsrechtlichen Praxis häufig unbeachtet bleiben. Dies kann so nach dieser Entscheidung nicht länger aufrechterhalten werden. Schade nur, dass Entscheidungen des EGMR nicht zur Pflichtlektüre in polizeilichen Einsatzhundertschaften gehören. Aber auch die versammlungsrechtliche Literatur sollte den Blick Richtung EMRK sicher schärfen.

Mariam Begadze

Georgia's Foreign Agent Law 2.0

Activating ECtHR's Rule 39 as a Tool of Militant Constitutionalism

doi: 10.59704/9bbfaa97c98e5231



In a recent contribution to this blog, Tolga Şirin argued for activating interim measures under Rule 39 of the European Court of Human Rights (ECtHR) in cases of political prosecution, such as that of [Istanbul's mayor İmamoğlu](#). This argument gains renewed urgency in light of Georgia's proposed foreign agent law. Indeed, as civil society organisations (CSOs) face the threat of criminal sanctions under "Foreign Agent Law 2.0" – a near copy-paste of the U.S. Foreign Agents Registration Act (FARA) – Rule 39 could become their last remaining remedy.

Foreign agent laws in Georgia

The saga of Georgia's foreign agent laws began in [2023](#), when Georgian Dream (GD) introduced legislation forcing CSOs receiving over 20% of foreign funding to register as "foreign agents" or face fines. The bill sparked mass protests, was hastily [repealed](#), and then brought back amid public outrage. Following the rigged parliamentary elections of October 2024 – which both the [European Union](#) (EU) and [Council of Europe](#) (CoE) deemed neither legitimate nor fair – the public protests and political crisis erupted once more. Five months on, Georgian Dream passed a second, FARA-inspired version of the law, still without having enacted or repealed the original. It is set to come into force on May 31, 2025.

Under the new law, directors of NGOs and media outlets risk criminal prosecution if the state claims they acted on behalf of a foreign principal and deliberately failed to register. Considering public statements by the [Prime Minister of Georgia](#), it is hardly speculative to expect selective enforcement of the law against the most outspoken CSOs. And as if two foreign agent laws were not enough, recent [amendments to the law](#)

[on Grants](#) now also require donor organizations to obtain prior approval from the GD government – or a designated agency – before issuing any funding. Unlike the first foreign agent law, which dominated political discourse in 2023, current attacks on CSOs are unfolding more quietly – against the backdrop of a broader, faster, and more systematic dismantling of the rule of law and human rights. In the face of this escalation, the tools already embedded in the ECtHR's jurisprudence offer a way forward: Rule 39 can – and must – be reactivated to protect CSOs from a consolidating autocratisation.

The ECtHR's sobering experience with foreign agent laws

The ECtHR's engagement with Russia's foreign agent laws has been a sobering experience. In [Ecodefense](#), the Court issued its judgment eight years after the initial application was filed – without separately addressing the Article 18 claim of rights abuse by the states. The result fell far short of a timely or adequate response to Russia's systematic efforts to dismantle civil society. The Court's failure to engage Art. 18 was particularly striking, given that its proportionality analysis had already hinted at the core finding of "bad faith". As it noted, "[t]he Government has not been able to [...] show that those measures furthered the declared goal of increasing transparency" (para 146).

It would take another two years for the ECtHR to explicitly acknowledge "the extent to which the 'foreign-agent' designation has been misconceived, misleading and misused by the Russian authorities" in [Kobaliya](#) (para 77). In pretty sharp language, the ECtHR stated that the labeling requirement was "unrelated to the stated purpose of transparency and creates

instead an environment of forced self-stigmatisation [...]” bearing “the hallmarks of a **totalitarian regime**” [emphasis added, para 86].

The 2025 decision in [Novaya Gazeta](#), concerning the crackdown on dissent following Russia’s invasion of Ukraine, offered concurring Judge Pavli an opportunity to reflect on these missed opportunities:

“[...] with the benefit of some hindsight and a large body of case-law behind us, can it be said that the Court sounded the alarm loudly enough, and early enough? And more importantly for the future, is it now prepared to do so in relation to other European political systems whose democratic protections might be eroding in ascertainable ways?” (para. 15).

As Tolga Şirin previously argued on this blog, if Judge Pavli’s questions resonate with other members of the Court, there is, indeed, ample doctrinal basis for sounding the alarm – both loudly and early – when democratic safeguards are visibly eroding. That ground lies in the Court’s own Rule 39.

The slow shift toward an effective Rule 39

Indeed, the ECtHR record includes more than missed opportunities, and recent Rule 39 landmarks exhibiting a gradual shift toward greater flexibility serve as testimony to that. Interim measures are no longer confined to non-refoulement cases involving mere *individualized* and *foreseeable* threats – such as the risk of torture or the (re)use of evidence obtained by torture following removal to a foreign country (see [Abu Qatada](#)). Instead, they are now increasingly applied in response to threats to democracy and the rule of law, even where the precise forms such threats may take are not yet fully known. This shift has been most evident in cases involving, for example, the [ownership of a media company](#) in Georgia (2017), the [protection of a journalist’s sources](#) in Ukraine (2018), the [right to exist of a human rights NGO](#) (2021) and of a [news outlet](#) in Russia (2022), [punitive measures against judges](#) in Poland (2022–2023), and [demonstration dispersal techniques](#) in Serbia (2025).

The wording of interim measures has also become more open-ended. The Court now increasingly issues orders suspending domestic decisions or proceedings, or instructing states to refrain from actions likely to produce certain harmful effects. For example, in an interim measure issued in 2022 in the case of [Novaya Gazeta](#), the Court instructed Russia “to abstain until further notice from actions and decisions aimed at full blocking and termination of the activities of Novaya Gazeta, and from other actions that in the current circumstances could deprive Novaya Gazeta of the enjoyment of its rights guaranteed by Article 10 of the Convention” (para 12). In an interim measure issued in 2025 in the case of [Đorović](#), the Court referred to “potentially serious health effects” and instructed Serbia that “any use of sound devices for crowd control [...] must be prevented in the future” without even prejudging whether such a crowd control mechanism was actually being used.

This shift toward a broader application of Rule 39, accompanied by more flexible instructions to states in individual cases, offers a measure of hope. But if the ECHR is to offer practical and effective protection, the Court must accelerate this shift, so as not to allow consolidating autocracies to slip through the cracks of supranational oversight. The tools for this are already in place. Within its existing doctrine, the Court has at least four avenues it could draw on to reactivate Rule 39 more forcefully in contexts like Georgia: the “Administrative Practice” exception, the “Potential Victim” standard, the “Chilling Effect” standard, and lastly, the Bad Faith standards under Art. 18.

Activating ECtHR’s Rule 39

One of the clearest foundations for a more assertive Rule 39 lies in the Court’s existing doctrine on “administrative practice” – an exception to the usual requirement that applicants first exhaust domestic remedies. This exception allows the ECtHR to intervene earlier when there is evidence that the violations are not isolated but part of a repeated pattern that the authorities tolerate or ignore (see [Georgia v. Russia \(I\)](#), paras. 122–124). As attacks on civil society become more organised and state-driven, the Court should

apply this exception more boldly – especially where such patterns point to systemic bad faith. Doing so would allow the Court to treat repressive legal regimes not as one-off legal disputes, but as coordinated assaults on rights that demand timely supranational oversight.

The Court also should not hesitate to apply Rule 39 even before punitive measures are enforced against specific individuals or organisations. Its “potential victim” doctrine provides a basis for doing so – particularly where civil society organisations (CSOs) face looming sanctions that could have a chilling effect on their activities. The Court typically avoids ruling on cases in the abstract – meaning without a specific individual measure being applied. But it makes exceptions where the mere existence of punitive measures causes individuals to modify their conduct or engage in self-censorship (see [S.A.S.](#), para 57), or where status-setting laws designate a group whose members face changes in their access to rights or privileges (see [Marckx](#), para. 27). Crucially, the Court connects this anticipation of altered conduct to its “chilling effect” doctrine (see [RID Novaya Gazeta](#), para. 59–62).

The Court uses this concept of “chilling effect” to describe how certain measures discourage applicants – or others in similar situations – from exercising their rights. It is most commonly invoked to protect freedom of expression and media (see [Fatullayev](#), paras. 102, 128), opposition politicians (see [Mammadov](#), paras. 93–94), critical or “disloyal” judges (see [Baka](#), paras. 167, 173), members of judicial self-governing bodies (see [Żurek](#), para. 227), and prosecutors (see [Kövesi](#), para. 209). The concept has also been applied to safeguard the freedoms of assembly (see [Navalnyy](#), paras. 103, 152), private life (see [Kogan](#), paras. 70, 76), and most importantly in this context, freedom of association.

In shaping its Rule 39 practice, the Court should take a stricter approach where *prima facie* evidence points to this “chilling effect” being intended rather than incidental. Notably, the Court has already begun to move away from neutral language ([Baka](#) and [Ecodefense](#) above) in this regard. For instance, the Court suggested that measures were part of “a strategy

aimed at intimidating (or even silencing)” judges who had defended the rule of law and judicial independence in Poland ([Żurek](#) above), or that the imposition of fines for failing to comply with labeling requirements by NGOs “demonstrates the authorities’ intention to stifle critical voices and create a chilling effect on freedom of expression.” ([Kobaliya](#) above). In cases where the Court has found violations of Article 18, the inference of an intended chilling effect has often been inevitable, even if the state’s intentions regarding the “chilling effect” were framed in neutral terms (see [Navalnyy](#), [Kogan](#) above).

Last but not least, the evidentiary approaches developed in Art. 18 case law since [Merabishvili](#) (2017) can meaningfully inform Rule 39 decisions. As demonstrated in [Selahattin](#), this includes taking into account public statements of high-ranking officials, as well as the broader state of judicial independence, which ultimately determines the impact that such statements may have on the ultimate good faith application of law.

Taking irreversibility of autocratic consolidation seriously

Together, the interconnected ECtHR standards of “potential victim,” “chilling effect,” and the bad faith standard under Art. 18 can be key in activating Rule 39 so as to prevent consolidating autocracies such as Georgia – where practically all legislative activity induces a “chilling effect” on critical conduct – from slipping through the ECtHR’s oversight. The Court’s growing willingness to respond to bad faith and tolerated patterns of abuse, as seen in its evolving approach to “administrative practice,” further strengthens the case for a more flexible application of interim measures. This logic is especially persuasive in the context of foreign agent laws, where the irreversible damage inflicted on civil society in Russia provides a cautionary basis for anticipating similar effects in other member states.

Activating interim measures in this way also aligns more broadly with the emerging theory of militant [constitutionalism and rule of law](#), providing a crucial self-defense against autocratic rulers hostile to

the temporariness and institutional constraints of democratic government. As the legal theorist Sajó notes, “[g]iven the potentially **irreversible** consequences of illiberal democracy on constitutionalism and democracy, it is morally imperative to consider to what extent the arsenal of [...] democracy-limiting preventive measures should be applied to counter the current trend” (emphasis added, p. 191). This aspect of irreversibility is key: the ECtHR’s Rule 39 mechanism is designed specifically to address rights-restricting measures that cannot be remedied after the fact. As such, it has the potential to serve as a forceful mechanism of militant constitutionalism and the rule of law. The only adequate response to the increasing auto-cratisation in member states, then, is for the ECtHR to fully leverage Rule 39 – particularly when, in Judge Pavli’s words, democratic protections are eroding in [judicially] ascertainable ways.

Roman Zinigrad

The Dark Side of Humor

The ECtHR and the Normalization of Hate Speech

doi: 10.59704/68d1dc4242c12813



On March 3, 2025, the European Court of Human Rights (ECtHR) released its final judgment in *Yevstifeyev and others v. Russia*. The decision concerned two applications against the Russian government, claiming that the domestic authorities had failed to comply with their obligation to “respond adequately” to homophobic messages and thus violated the applicants’ right to private life under Articles 8 and 14 of the Convention. One of the complaints involved a homophobic video of a satirical nature. It was submitted by an openly gay Russian activist who claimed that the video “provoked in him feelings of humiliation, anxiety, and fear.” The application was rejected on inadmissibility grounds, with the Court explaining that the video “must be considered as a political satire on a matter of public interest,” and the applicant “cannot therefore be considered a victim of the alleged violations.”

This ruling offers an excellent illustration of the Court’s flawed understanding of the role of humor and satire in the protection of free speech. The ECtHR’s doctrine on this matter suggests that political satire warrants stronger protection against government censorship than other forms of political expression. This perspective is commendable, as satire serves as a particularly effective means of voicing criticism and perspectives in the face of power. Curtailing free speech to exclude offensive humor risks undermining the democratic rule of law. Yet, when protections for free expression concern offensive humor, it is crucial to recognize that humor possesses a legitimizing quality. The humorous form makes its message more appealing, interesting, and “digestible”, regardless of the content. When racist, antisemitic, homophobic, or otherwise hateful content is presented in a satirical

form, it is more likely to be accepted – even by those who would otherwise reject the same content if expressed as a serious statement. Moreover, when such satirical hate speech is amplified through online dissemination and state endorsement, it intensifies the threat to the group it targets and enhances its legitimacy in public opinion. The ECtHR systematically overlooks this “dark side” of humor, thereby increasing the vulnerability of marginalized minorities within the Council of Europe and setting a dangerous precedent for other international and domestic courts.

The “threshold of severity” test

One of the applications in the *Yevstifeyev* case involved an Instagram video of a “mock ‘gay hunt’” released in early June 2020 by Denis Kosyakov, a prominent Russian comic actor. Context is crucial to understanding the video’s impact and message: it was a response to a homophobic video published a few days earlier by FAN, a pro-government media website, ahead of a national vote on a constitutional amendment that proposed to define marriage exclusively as a partnership between a man and a woman. The original video sought to ridicule same-sex adoptive families as a means of supporting the amendment. According to the Court’s account, Kosyakov’s video served as a parody of FAN’s homophobic campaign. It depicted a father and son hunting gay men in a forest, firing their rifles at a fleeing man in colorful clothing, and ultimately posing “smiling and with their thumbs up near the man, who was lying dead on the ground,” with the “father standing with his foot on the man’s back and the son holding up his head by the hair.”

The complaint filed with the ECtHR concerned the parody video created by Kosyakov, rather than the

original FAN content. It was submitted by a member of the LGBTQ+ community in Russia, who contended that the video constituted a call for violence against the community. The complaint further argued that the Russian government's failure to respond adequately to this incitement infringed upon his right to private life, amounting to a violation of Articles 8 and 14 of the Convention.

The Court rejected these claims, deeming the application inadmissible on the grounds that the video had a negligible effect on the applicant's private life. This conclusion was reached by applying the "threshold of severity" test, which involves an objective assessment of the seriousness of an attack on the applicant's private life that may trigger protection under Article 8 of the ECHR. This test has previously been employed by the Court in [similar circumstances](#).

The *Yevstifeyev* ruling suggested that one indicator of seriousness could be the applicant's proximity to the offensive message. For instance, public insults and threats directed at an LGBTQ+ rally are considered direct attacks on the participants, thereby falling under the scope of Article 8. This was the situation in the second incident addressed in *Yevstifeyev*, where the Court found that Russia violated the Convention by failing to protect the applicants. However, this rationale did not extend to the "mock 'gay hunt'", as the applicant was not "personally targeted by the impugned video", despite being openly gay and an active advocate for the LGBTQ+ community. The Court acknowledged that low levels of proximity could be offset by high levels of grievance. Even if an applicant has not been directly targeted by an offensive statement, they may qualify for protection under Article 8 if the "negative stereotyping of a group [...] reaches a certain level [...] impacting the group's sense of identity and the self-worth and self-confidence of [all its] members". Nevertheless, the Court was "not convinced that the video at issue contained negative stereotyping of LGBTI people". Walking "[the thin line between satire and hate](#)", it concluded that the case did not meet the threshold of severity, particularly due to the video's satirical nature.

Humor normalizes hate speech

This conclusion aligns with the Court's general approach to humorous hate speech. In a [recent article](#), I demonstrated that the ECtHR provides greater protection to hateful speech expressed humorously, particularly in cases of political satire. When the content of the speech falls within the scope of the right to free expression, the Court is likely to grant it "humor immunity", a heightened level of protection due to its potential to persuade by undermining and ridiculing the subject of the satire. This characteristic is valued by the Court as a safeguard of democratic rule of law, playing an "important role in the open discussion of matters of public concern, an indispensable feature of a democratic society".

However, the power of humor has a darker side. Its effective transmission of messages, especially when disseminated online, is often exploited by the extreme right to amplify and normalize hateful narratives against marginalized communities. As [one influential study](#) suggests, the dissemination and legitimization of extreme right positions in the form of satire,

"can contribute to a climate of bigotry, hatred, and fear within Western societies, which would then lead to the acceptance of more radical measures taken against perceived threats [...], undermine a sense of security and trust in established institutions of the media, the state, and the democratic process. It may cultivate and nourish the grounds on which radical ideas bloom, furthering radicalization under the benign guise of laughter and humorous criticism".

This aspect of humorous hate speech is systematically overlooked by the ECtHR and other courts. It is never taken into account in their assessments of the right's scope and proportionality analysis. The amplifying and normalizing effects of satirical humor must be integrated into hate speech jurisprudence. As [I have argued](#), the humorous formulation of an expression "should be valued not only as a potential immunity but also as an undermining factor that may lower the level of the expression's protection when it amplifies its

harmful message. A satirical expression aimed at intimidating individuals from expressing their views or targeting a marginalized minority group should receive less protection than the same expression made in a non-satirical form, due to its ‘louder’ nature and consequent harm”.

The Court’s reasoning in *Yevstifeyev* came close to acknowledging this aspect of humor. The primary factors for determining the scope of Article 8’s protection mentioned in the decision were: (1) the targeted group’s vulnerability; (2) the content of negative statements; and (3) the statements’ “form and context”. Given the oppression and criminalization of LGBTQ+ in Russia, the violent portrayal in the video, even if intended as a satirical piece, should have prompted the Court to assess its contribution to this climate. Instead, the Court downplayed its effect and limited the relevant facts to the subjective intentions of the video’s authors. Having stated that “gender and sexual minorities require special protection” and acknowledging that the video “attracted considerable public attention” and “reached a wide public audience”, the Court asserted that the video constituted a form of “political satire” that “could not reasonably have appeared to have as its purpose the propagation of homophobic views and ideas”. The Court interpreted it as an attempt “to mock the homophobic message of FAN’s video” and thought that “in the context of the lead-up to a popular vote on constitutional amendments, the contested video could be seen as a contribution to a political debate about the proposed constitutional amendments”. This immunity status led the Court to conclude that the “video must be considered as a political satire on a matter of public interest that did not reach the ‘threshold of severity’”.

This line of reasoning is, at the very least, questionable. First, according to the ECtHR’s own jurisprudence, the subjective intention of the author of the offensive expression is linked to the “imminence” factor. Offensive speech may be restricted if it poses an imminent risk of “the commission of acts of violence, intimidation, hostility or discrimination”. Second, the assertion that the video “could be seen as a contribution to a political debate” does not rule out the possi-

bility that it may also serve other, deplorable goals, such as the ostracization of already threatened minorities. And finally, while subjective intention may help determine whether the video qualifies as hate speech, in this case the Court improperly uses it to conclude that the video is objectively non-harmful, a conclusion that cannot be derived from intention alone.

Considering the risks

In 2020, the year Kosyakov’s video was released, [one in five Russians supported the “elimination” of LGBTQ+ people from society](#). The Russian government’s efforts to entrench these views began in 2013 with a law [banning “gay propaganda” to minors](#). In the nearly five years between the video’s release in 2020 and the final ruling in *Yevstifeyev*, [these measures](#) multiplied. The share of Russians opposed to LGBTQ+ people enjoying the same rights as others [increased by 19% between 2019 and 2024](#). Although Kosyakov’s video may not have imposed immediate harm on the applicant in *Yevstifeyev* and was not the most decisive factor in the propagation of homophobia in Russia, the ECtHR’s failure to consider the potential harm of this video, as well as its broader disregard for the “dark side” of humor in this and previous cases, is more consequential. Indeed, the [“elusive and subjective nature of humor makes it particularly difficult to \[...\] draw a clear line between hate speech and protected expression”](#). But overlooking the normalizing effect of humor on hate speech and the harm it can inflict on marginalized groups poses a significant risk to liberal democracies, one that is no less dangerous than overzealous restrictions on free expression.

Peter Hilpold

Challenging Strasbourg

The May 2025 Letter and the Pushback Against the European Court of Human Rights

doi: 10.59704/32c8787cd9e51dd9



Since 22 May 2025, a [disquieting letter](#) has been circulating: nine leading EU politicians are calling for “a new and open-minded conversation about the interpretation of the European Convention on Human Rights,” with particular reference to migration.

The signatories seek to explore whether “the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention on Human Rights too far compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests that should be protected.” At the core of their appeal lies a demand for more national discretion in deciding when to expel criminal foreign nationals.

This letter raises not only political and ethical questions but also significant legal concerns. Before examining these implications, it is important to provide a brief overview of its content.

Regular and irregular migration: what is the problem and who is to blame?

The letter begins by reaffirming the signatories’ commitment to European values, the rule-based international order, democracy, and the inviolable dignity of the individual. The signatories then turn to address the so-called European migration challenge. They acknowledge that while many migrants successfully integrate and make valuable contributions to their host societies, others remain socially segregated or even engage in criminal activity. Although the latter problem concerns only a minority of immigrants, the letter argues, it risks undermining the very foundations of European societies.

Throughout the letter, the signatories refer variously to “Europe’s challenges with migration,” the

need to “regain control of irregular migration,” and problems posed by “criminal foreign nationals.” While all these issues present serious challenges, they cannot be casually lumped together if meaningful solutions are to be found.

The signatories, however, seem to suggest that they have identified the main culprit behind this “poly-crisis”: the European Court of Human Rights (ECtHR). They appear determined to address what they see as the Court’s overreach:

“[A]s leaders, we also believe that there is a need to look at how the European Court of Human Rights has developed its interpretation of the European Convention on Human Rights. Whether the Court, in some cases, has extended the scope of the Convention too far compared with the original intentions behind the Convention, thus shifting the balance between the interests that should be protected.”

Even the premises on which this letter is based leave the reader puzzled: Do these politicians aim to address migration as a whole, only irregular migration, or merely the problems associated with foreign nationals who engage in criminal activity? Depending on the answer, the relevance and impact of ECtHR jurisprudence on these developments (if any) will vary considerably.

The ECtHR jurisprudence on migration

The question of whether, and to what extent, the jurisprudence of the ECtHR has influenced migration into the territorial area covered by the European Convention on Human Rights (ECHR) is a complex

one. The ECtHR began addressing migration issues relatively late¹ but has since issued a series of judgments with significant impact on international migration law.

Among the most notable decisions is *Soering v. United Kingdom* (1989), in which the Court declared illegal the extradition of an applicant to a country where they faced the risk of inhuman or degrading treatment. In *M.S.S. v. Belgium and Greece* (2011), the Court prohibited returning an applicant to Greece under the Dublin rules where they would face inhuman conditions and a lack of remedies.

In *Hirsi Jamaa v. Italy* (2012), the Court found that push-back operations on the high seas, returning migrants to Libya where they faced a risk of inhuman and degrading treatment, violated the prohibition of collective expulsion and the requirement of access to effective remedies.

In *Tarakhel v. Switzerland* (2014), the transfer of an Afghan family to Italy under the Dublin framework was found to violate Article 3 due to the absence of adequate guarantees concerning the children's age and the preservation of family unity.

More recently, in *J.A. and Others v. Italy* (2023), the Court ruled that the prolonged stay in the Lampedusa hotspot constituted inhuman and degrading treatment.

Nevertheless, much of the scholarly literature remains critical of the ECtHR's willingness to robustly and consistently defend the human rights of migrants.

² In contrast, the signatories of this letter seem to believe the Court has gone too far.

The questions raised

This development raises several questions: Should we abandon our understanding of the ECHR as a “living instrument”?

There can be no doubt that doing so would entail the loss of one of the Convention's most characteristic features. Moreover, the “living instrument” approach

has inspired human rights protection systems across the globe. A retreat from this approach could trigger a broader global regression in human rights jurisprudence.

Even if the decision were taken to abandon this dynamic interpretative approach, a further question would immediately arise: how far back should the ECtHR jurisprudence be reversed? From which specific rulings or lines of reasoning should the Court now depart? Such a retreat could potentially compel the ECHR system to abandon some of its most important achievements.

Based on the content of the letter, it appears that the primary concern of its signatories is to curtail the Court's jurisprudence insofar as it hinders the expulsion of individuals convicted of crimes. However, this jurisprudence is intricately connected with other advances in human rights protection. To cite just one example, the “Soering jurisprudence” was developed in the context of a criminal case, but its significance extends far beyond such cases, as is well established.

Furthermore, even if it were theoretically possible to separate jurisprudence related to “severe” criminal cases from other categories – such as less severe criminal offences or civil or administrative matters – leaving the latter unaffected by the proposed reforms, this would do little to address Europe's broader migration challenges, which the letter itself identifies as a primary concern. Why then, this apparent fixation on “criminals”?

One is left with the impression that the emphasis on “criminals” serves as a pretext to question the ECtHR's jurisprudence on migration as a whole. As already mentioned, in most cases, it would be impossible to isolate a distinct body of case law that applies exclusively to severe criminal cases and to excise from it all elements introduced by the Court's “dynamic interpretative approach” that transformed the ECHR into a “living instrument”. How, for instance, could the Soering jurisprudence be limited to non-criminals?

¹ See Marie-Bénédicte Dembour, *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights*, in: B. Cali et al, (eds.), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2021, pp. 19-40.

² Ibid. See also recently Jens T. Theilen, *Framing Migration in Human Rights: How the Reasoning of the European Court of Human Rights Legitimises Border Regimes*, in: 27 *European Journal of Migration* 2025, pp. 66-93.

Should the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment no longer apply to (alleged) criminals? Such a move would plainly place the ECHR system [behind both the standards of the UN Human Rights system and those of comparable national and regional systems](#). Although the letter does not explicitly propose such outcomes, it is difficult to see how they could be avoided, despite the vague language of the letter.

Even more worryingly, some [international lawyers](#) have endorsed the initiative and interpreted it even more broadly. They argue that Article 3 ECHR has been interpreted too expansively and that it should become possible to expel “foreign criminals” who have committed “serious crimes.” According to this view, such individuals have “forfeited” the right to the highest standards of fundamental rights.³

But can this claim be sustained? Does this mean that the Soering jurisprudence would no longer apply? Could “murderers and rapists” now be extradited to countries where they would face inhuman or degrading treatment, or even torture? Or do these international lawyers simply fail to grasp the scope of the jurisprudence, or fail to appreciate its relevance?

Even if it were possible to carve out an exception under the ECHR for migrants who have committed (or are merely accused of committing?) “serious crimes” (and who would determine what constitutes a “serious crime”?) there is a serious risk that such an exception would effectively dismantle the protection of migrants under the Convention altogether.

The letter raises numerous additional questions and concerns. If the letter was intended to have a practical impact, we must ask: to whom is it addressed? To the European Court of Human Rights itself? Do nine member states (out of 46) possess the authority to call upon the Court to revise its interpretation of the ECHR? Could even all member states acting together compel such a change? The answer is no. Neither the ECHR nor general international law attributes such powers to the member states collectively, let alone to a minority of them. Would such political interference

with the activities of an independent international court be politically and legally acceptable?

The Council of Europe responded swiftly and decisively to these concerns. On 24 May 2025, Alain Berset, the Secretary General of the Council of Europe, issued a [statement](#) firmly defending the ECtHR’s independence and the need to uphold the rule of law in Europe:

“Upholding the independence and impartiality of the Court is our bedrock. Debate is healthy, but politicizing the Court is not. In a society governed by the rule of law, no judiciary should face political pressure. Institutions that protect fundamental rights cannot bend to political cycles. If they do, we risk eroding the very stability they were built to ensure. The Court must not be weaponized – neither against governments, nor by them.”

Conclusions

Perhaps the letter of the nine was mainly intended for an internal audience. Its cautious language appears designed to preempt and mitigate anticipated criticism, as acknowledged within the letter itself:

“We know that this is a sensitive discussion. Although our aim is to safeguard our democracies, we will likely be accused of the opposite.”

While the initiative has prompted widespread critique, the responses from some international lawyers reveal how quickly long-standing achievements in human rights protection can be called into question.

At the same time, there is no doubt that the ECHR and its judicial machinery are indeed in [urgent need of reform](#). The ECtHR’s jurisprudence on migration is only one – arguably not even the most urgent – element warranting reassessment, ideally within the EU framework.

A more fundamental concern lies in the procedural inefficiencies of the ECHR system itself. The fact that over 95 percent of complaints are declared inadmissible is arguably the system’s far more serious

³ The following declaration has been made in this context: “Ich stehe für einen hohen Grundrechtsschutz. Bei einer schweren Straftat hat man diesen allerdings verwirkt.” See „Die Presse“ 24 May 2025, p. 10.

problem. This procedural bottleneck represents a genuine challenge to the rule of law in Europe. Reforming the ECHR is thus both legitimate and necessary, but it should happen within a broader framework – perhaps at a conference of states – where priorities are established based on actual needs and competences, and grounded in thorough and informed discussion.

Migration indeed poses a serious challenge for Europe, and public expectations for effective governmental responses are high. However, if national governments – either individually or through EU mechanisms – fail to find viable solutions, attacking the ECtHR is the wrong response. To undermine a judicial institution already struggling with dysfunction is incompatible with a commitment to the rule of law in Europe.

A final observation is warranted. Although the controversy sparked by the May letter – serious as it may appear – will likely prove to be a storm in a teacup, largely due to the strong counter-reaction it provoked, it should not be downplayed in terms of the danger it poses to the defense of fundamental human rights and the rule of law. This controversy once again confirms something particularly dear to this author: that the high-quality [teaching of international law](#) is more important today than at any time in history.

Gábor Mészáros

We the Bugs

Constitutionalizing “Enemies”

doi: 10.59704/5317b56e874ccb5f



On April 14, 2025, the Hungarian parliament passed the 15th Amendment to the Fundamental Law, triggering mass protest across Budapest. Amongst its most far-reaching provisions is the constitutional entrenchment of binary sex. Read alongside a reworded Article XVI, which affirms that “every child has the right to the protection and care necessary for his or her proper physical, mental, and moral development”, these provisions establish a new hierarchy of fundamental rights, placing child protection above all others – including the right to peaceful assembly – with the sole exception of the right to life. Crucially, they may now lend formal constitutional legitimacy to discriminatory legislation, including the [law](#) adopted alongside the amendment seeking to ban Pride Parades.

Its timing appears far from coincidental: the government introduced it just days before Prime Minister Viktor Orbán’s [controversial speech](#) on the national day commemorating the 1848 revolution. In that speech, Mr. Orbán launched a sweeping attack on political opponents – including journalists, political activists, civil society organization members, and even judges – declaring that, in the spirit of the “Easter cleaning”, the country must rid itself of the stinkbugs (*büdös bogár, poloska*) that had survived the winter.

The changes represent a significant escalation in the Orbán regime’s ongoing effort to enshrine its political “enemies” within the very fabric of Hungary’s constitutional order. Though couched in Christian-orthodox rhetoric around family, child protection, sovereignty, and national identity, the provisions are, at their core, politically charged and authoritarian in nature. This is reflected, not least, in its clear departure from the protection of human rights and funda-

mental freedoms under the European Convention on Human Rights (ECHR).

A new hierarchy of fundamental rights

One of the main aims of the 15th Amendment was to deliver on a promise made by the Prime Minister in his annual State of the Nation address, in which he declared:

“We [...] have protected our children from gender activists [...] We must not give up on protecting our children. [...] Let us write into the Constitution that a person is either male or female. Full stop. In fact, I advise the Pride organizers that they should not bother preparing for this year’s parade. It would be a waste of time and money.”

The Preamble of the Amendment echoes this rhetoric, affirming that “a person’s birth sex is a biological endowment, which can be either male or female [...]”. The fixity of biological sex ensures the healthy development of society and the maintenance of basic community norms.” Its purpose is to establish that “the Hungarian legal system does not recognize any change of sex at birth”, thereby “preserving the stability of the institution of family and the security of the social order.”

Accordingly, the new [Article L \(1\)](#) of the amended Fundamental Law now determines that “a person is a man or a woman”. The full purpose of this entrenchment of binary sex becomes apparent only when read alongside a reworded Article XVI, which affirms that “every child has the right to the protection and care necessary for his or her proper physical, mental, and moral development”. Together, these provisions establish a new hierarchy of fundamental rights, placing

child protection above all others – including the right to peaceful assembly – with the sole exception of the right to life. This normative hierarchy, combined with the constitutional entrenchment of binary sex, may now confer formal constitutional legitimacy on discriminatory legislation – including a new law adopted alongside the amendment aimed at “protecting children from assemblies that promote homosexuality”. Though framed as a general restriction on freedom of assembly, the law is almost certainly designed to target Pride Parades in particular. It has been examined in greater detail in [previous posts](#) on this blog.

Violation of EU standards

The Amendment clearly violates international and European standards of the Rule of Law. By defining human beings as either male or female, the Amendment effectively prohibits the legal recognition of gender identity in a discriminatory framework. This [violates the rights](#) of transgender people, which, on its own, amounts to a breach of the ECHR. In [Goodwin v. U.K.](#) the European Court of Human Rights (ECtHR) held that states must allow for changes of birth registration when a person’s gender identity does not align with their sex assigned at birth. In [E.B. v. France](#), the ECtHR required that states not discriminate based on sexual orientation and sexual identity. Indeed, discrimination on the basis of sexual identity has constituted a clear violation of EU law for nearly [three decades](#). And recent interpretations also provide protection for European citizens in the realm of data protection. The Court of Justice of the European Union ruled in a [judgment](#) on 13 March 2025 that EU Member States must allow gender marker changes as a [matter of data protection rights](#).

The reconfigured hierarchy of fundamental rights and its explanatory basis also ignore European guidelines. The government argued, for example, that protecting children and upholding traditional Christian conceptions of the family could justify a restriction on the freedom of assembly, postulating an alleged link between Pride parades and the violation of children’s rights. This form of argument is not new:

When the government tried to invoke a similar justification in 2020 concerning its [Act on the Protection of Children](#) (Act XXXI of 1997, Article 6/A) – a law that ultimately caused discriminatory effects for LGBTQ+ people who had been excluded from the possibility to adopt children – the [Venice Commission](#) and the [European Parliament](#) clearly rejected the Hungarian government’s reasoning and asserted that the measures discriminated against and stigmatized LGBTQ+ people. In [Macaté v Lithuania](#), the ECtHR also denied that there is any “link” between pride parades and threats to children, holding that there is no scientific evidence or sociological data at its disposal suggesting that the mere mention of homosexuality, or open public debate about sexual minorities’ social status, would adversely affect children. Instead, it affirmed that it is a lack of information and the continuing stigmatization of LGBTQ+ persons in society which is harmful to them.

Further insulation

Importantly, the amendments may also provide a basis for the Hungarian government to insulate itself further from precisely these European pressures. [Article E \(2\)](#) of the Fundamental Law states that Hungary may, “to the extent necessary to exercise the rights and fulfil the obligations deriving from the Founding Treaties”, exercise some of its competences arising from the Fundamental Law jointly with other Member States, through the institutions of the European Union. Exercise of competences under this paragraph, however, should “comply with the fundamental rights and freedoms provided for in the Fundamental Law” and “shall not limit the inalienable right of Hungary to determine its territorial unity, population, form of government and state structure.” Entrenching the Amendment’s discriminatory provisions in the Constitution may thus allow the government to keep on playing the national identity card in the forthcoming legal debates between the EU and Hungary. By openly framing LGBTQ+ people as a threat to children and entrenching this narrative in a normative hierarchy of rights, the government comes one step closer to constitutionalizing its constructed “enemies”. Again, this will be

particularly consequential in constitutionally legitimizing discriminatory laws such as those attempting to restrict Pride Parades.

In broad daylight

The Amendment's Preamble states that the "Western world is increasingly attacking norms that were previously taken for granted, especially the institution of the family and national identity". With the new Amendment and the related legislative changes concretizing its provisions, however, the Orbán government's motivations seem far from being able to convince EU institutions of the importance of the traditional Christian family model or conservative values.

Instead, they mark yet another pivotal step in the Orbán regime's longstanding strategy of constitutionally entrenching its perceived political "enemies", including those whose freedom to self-expression and self-determination it is threatened by. Using the Constitution to construct and threaten such "enemies" – including civil society, those critical of government actions, and other minorities – has been an essential element of the Hungarian regime's strategy since its beginning 15 years ago. This strategy has, over time, followed a deliberate logic of gradual escalation. While the government first started targeting "foreign enemies" – such as migrants, Muslims, or George Soros – it is now clearly turning toward and constructing a narrative of the "enemy from within".

With this new amendment, this is now formally enshrined in the very fabric of the Hungarian constitution. This current one-party constitution has, since its amendment in 2010, not served as an expression of a genuinely pluralist, democratic popular sovereign. Instead, it has been a constant tool for the construction of "enemies" and the [disunification](#) of its pouvoir constituent. The 15th Amendment marks a new point of departure because the Constitution now not only disunifies its popular sovereign but expressively [excludes](#) its internal "enemies" with unprecedented force and rigor. It has become clear that Orbán's government is not afraid of targeting its own citizens in broad daylight.

The author expresses his gratitude to Petra Bárd and Gábor Halmai for their valuable comments on a draft of this piece.

Research for this post was supported by a Grant from the German-Israeli Foundation for Scientific Research and Development (GIF, Grant number 1557).

Renáta Uitz

A Threat to the Core

Why the New Hungarian Transparency Bill is an Attack on the Foundations of the European Union

doi: 10.59704/245bf597e44d538c



On May 13, 2025, just before midnight, a FIDESZ deputy tabled a [new bill](#) before the Hungarian Parliament. The bill seeks to enhance “sovereignty protection measures” – launched in December 2023 by [Act no. LXXXVIII of 2023](#) – by introducing sweeping transparency instruments targeting foreign-funded interference in Hungarian public life. These restrictions purposefully shrink civic space further, roll back protections of fundamental rights and impair the functioning of constitutional democracy in a retrogressive fashion. When adopted, Hungary’s constitutional order will fundamentally regress from the state that existed at the time of its accession to the European Union.

Under the proposed bill, the Sovereignty Protection Office will advise the Government on preparing a register of entities that interfere in public life with the support of foreign funding. The National Tax Authority and banks will play a key role in enforcing the rules, which are framed as a safeguard against money laundering. Organizations included in the register will require approval from the National Tax Authority to accept foreign funding, while their ability to receive domestic funding will be restricted. Individuals involved in directing, managing, or supervising such organizations will be required to make annual asset declarations and will be subject to stringent financial sector screening of their personal finances.

Hungarian civil society actors referred to this approach as [blacklisting](#). Márta Pardavi of the Hungarian Helsinki Committee [warned](#): “If this bill passes, it will not simply marginalise Hungary’s independent voices—it will extinguish them.” If we are to believe Prime Minister Orbán’s [State of the Nation](#) address from February 2025, this is exactly the intended effect

of the new bill. Drawing [inspiration from the Trump administration](#), the Hungarian Government claims to [lead a campaign](#) for increased transparency in EU funding in an effort to halt funding for civil society that it views as a “a tool to bankroll left-liberal activist groups, many of which are directly or indirectly tied to George Soros and his influence network.”

The Hungarian government is fully aware that these measures run counter to European legal standards. [In 2020](#), the Court of Justice of the European Union (CJEU) ruled that the [earlier version of the transparency law](#) (which targeted foreign-funded organizations) violated EU law. The new bill builds on the [2023 sovereignty protection act](#), which has been strongly [criticised by the Venice Commission](#) and is currently subject to [infringement action](#) before the CJEU (C-829/24). The Hungarian government’s timing is strategic. The debate surrounding the proposed bill coincides with discussions on the [European Democracy Shield](#) – a comprehensive project that seeks to address “increasing threats to democratic institutions, systems and processes within the EU and the context in which they operate, both at national and EU level.” As the European Commission noted [in its brief](#) for the ongoing public consultation: “Foreign actors are also increasingly targeting elections in EU member states and candidate countries. They seek to affect electoral outcomes, but also to undermine trust in electoral outcomes, the public sphere and democracy itself.”

It is now on the European Commission to halt the retrogressive measures that Hungary is implementing in an attempt to reshape the Union’s founding values (Article 2 TEU), including democracy and the fundamental human rights it entails. Failing to do so would

amount to a tacit endorsement of Hungary's efforts to recast the foundations of the Union in illiberal terms under the guise of creating transparency in the public realm.

Overview

The bill is part of a larger constitutional and legislative package (including a ban on the [LGBTQ+ pride march](#), backed by a new [amendment to the Fundamental Law](#)) reshaping the Hungarian public space ahead of the 2026 elections.

The Sovereignty Protection Office is tasked with advising the Government on creating a public register of entities (Article 5) that endanger Hungary's sovereignty through activities aiming at influencing public life (*közélet befolyásolására irányuló tevékenység*) supported by foreign funding (Article 3(3)). The new bill defines foreign funding as any direct or indirect funding from abroad (Article 2(b)). A foreigner is defined as a person with a foreign nationality, including dual citizens (Article 2(a)), including Hungarians living abroad who received double citizenship.

The new bill considerably expands the scope of activities considered to endanger Hungarian sovereignty. The 2023 sovereignty protection act applies to actions influencing the outcome of elections and actions influencing the electoral will (Article 3(b) and (c)). In contrast, the new bill defines "public life" – in general terms – as democratic debate, governmental and societal decision-making processes, and the decisions of individuals exercising public powers (Article 3(3)). In addition, activities requiring registration, as specified in the new bill (Article 3(2)), include any activity or effort that infringes upon, portrays negatively, or advocates for challenging values enshrined in the Fundamental Law, such as:

- Hungary as an independent, democratic, rule of law state (Article B(1));
- the idea of one single Hungarian nation that belongs together (Article D(1));
- the protection of marriage and family (Article L(1)),
- the preservation of peace (Article Q(1));
- the protection of Hungary's constitutional identity and Christian culture (Article R(4)).

Being included in the register has consequences for the entity (organization) and its personnel. The organization's activities will be monitored by the National Tax Authority (Article 9), and its financial transactions will be monitored by banks (Article 10). Such an organization may accept foreign funding only with the permission of the National Tax Authority (Article 7(1)(b)). The scope of this permission is general and covers all foreign funds – not only those linked to activities endangering sovereignty. However, the details of how such permission is to be obtained or denied are not set out in the bill. Existing contracts concerning foreign funding become null and void once an entity is entered into the register, as the performance (fulfilment) of such contracts will become impossible (Article 35).

Furthermore, an entity included in the registry will no longer be eligible to receive funds through [1% redirected income tax donations](#) (a source of funding for charitable causes) (Article 7(1)(c)), and it will be required to obtain a declaration (attested by two witnesses) from any future donor that the funds or support provided is not from a foreign source, either directly or indirectly (Article 7(3)).

Top officials, founders, and members of the supervisory board of such entities included in the register are required to make an annual declaration of assets (Article 7(1)(a), 14(a)), just like members of Parliament, to be mailed in hard copy to the Minister of Justice and published on a government website (Article 15). Failure to file an asset-declaration results in the loss of power of attorney regarding the entity (Article 17(2)), and attracts a fine (Article 17(3)) ranging from 500,000 to 2,000,000 HUF (approximately 1240 EUR to 4970 EUR), which may be imposed repeatedly and is not subject to judicial review (Article 18). If the failure to submit an asset-declaration persists for more than 30 days, the minister may bar the organization from operating altogether (Article 19(1)). Furthermore, such individuals are classified as 'politically exposed persons' (*kiemelt közszereplő*) pursuant to the [2017 against money laundering](#) (Act LII of 2017 on Preventing and Combating Money Laundering and Terrorist Financing, Article 7(1)) and are also subject to enhanced customer due diligence (Article 14(b)).

The procedures outlined in the bill (e.g. inclusion in the registry by the government, granting of permission to receive foreign funding by the National Tax Authority) are unclear, with limited access to judicial review. In the procedure of the National Tax Authority, regular administrative remedies are expressly excluded (Article 9(2)); the final decision is subject to review before the *Kúria* (supreme court) (Article 9(3)).

Background and context

Contestation over [restrictions](#) on dissent and civil society – [the shrinking civic space](#) – has become a familiar theme in European public discourse in the era of democratic backsliding. The new Hungarian bill fits into a long line of measures targeting civil society organizations and dissenting voices. In June 2020, in [C-78/18, Commission v Hungary](#), the CJEU found that the 2017 transparency act (Act no. LXXVI of 2017 on the Transparency of Organisations which Receive Support from Abroad) violated EU law, the free movement of capital, and fundamental rights protected by the EU Charter. Although the Hungarian Parliament repealed the 2017 transparency act in May 2021 [under pressure from the Commission](#) (via Act no. XLIX of 2021), restrictions on civil society organizations [did not disappear](#).

In December 2023, the Hungarian Parliament passed the 12th amendment to the Fundamental Law, amending Article R(4) to establish an independent authority to defend Hungary's constitutional identity and Christian culture. This was followed by the adoption of the 2023 sovereignty protection act (Act no. LXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty), which established the Sovereignty Protection Office. This act was widely criticized by supranational organizations, international and domestic civil organizations ([Article 19](#), [ECNL](#), [Hungarian Helsinki Committee](#), and [Amnesty International](#)) for the excessive limitations it imposes on civil society in the public sphere. In March 2024 – acting on the request of the President of the Monitoring Committee of the Council of Europe's Parliamentary Assembly – the [Venice Commission](#) recommended the repeal of the provisions on the Sovereignty Protection

Office. In [October 2024](#), the European Commission initiated infringement proceedings against Hungary concerning the 2023 sovereignty protection act (C-829/24).

According to the Commission's communication, the "broad powers and discretion of the Office will affect a wide range of persons and entities, including civil society organisations, media outlets and journalists in a disproportionate manner." The Commission further asserted that the sovereignty protection law violates

"several fundamental rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights: the right to respect for private and family life, the freedom of expression and information, the freedom of association, the right to legal professional privilege, as well as the presumption of innocence, which implies the right not to incriminate oneself. The Commission also considers that the law violates several fundamental freedoms of the internal market, the e-Commerce Directive, the Services Directive, as well as EU Data protection legislation."

These warnings did not prevent the Hungarian government from relying on the 2023 sovereignty protection act to introduce additional measures restricting civic space. The new bill follows several public statements by Prime Minister Orbán promising legal measures against foreign-funded organizations and political movements involved in Hungarian political life. On February 22, 2025, in his [State of the Nation](#) address, he said:

"We will urgently create the constitutional and legal conditions which mean that we will not have to stand by helplessly while fake civil society organisations serve foreign interests and organise political operations under our noses. We should not have to stand by helplessly and watch them pocketing their mercenary's pay in full view of us, flaunting their impunity, citing and expecting international protection."

He continued:

“We need to fight a continuous and increasingly complex battle with the Brusselite head of the Empire. The people from the liberal networks are now retreating to Brussels. This is a well-trodden path from America, already in use during Donald Trump’s first presidency. Moreover, laws similar to ours are being passed in patriotic countries – you can see this in Israel and Georgia; there may be more to come, and the liberals will head to Brussels from there too.”

Senior Hungarian officials (such as András Láncki, the president of the Sovereignty Protection Office) [insist](#) that the Hungarian law was fashioned on the US’s *Foreign Agents Registration Act* (FARA) of 1938. Yet, in a [blog post](#), Zoltán Kovács, the Foreign Ministry’s spokesperson pointed to further (more contemporary) inspiration from Washington: “Just as the United States began cleaning house, freezing USAID funding, and initiating a major restructuring after widespread scandals, Hungary is also taking a decisive steps to defend its democracy from cover political influence.”

European standards

The regulatory framework in the new Hungarian bill is styled as anti-money laundering legislation. This is a departure from the approach adopted in the 2023 sovereignty protection act, which was premised more narrowly on national security grounds. Despite this shift in emphasis, the applicable European standards are rather clear thanks to the [C-78/18, *Commission v Hungary*](#) judgment of the CJEU in June 2018 on the 2017 transparency law; the Venice Commission’s [March 2024 opinion](#) on the 2023 sovereignty protection act, and the European Commission’s [October 2024](#) infringement action against the 2023 sovereignty protection act (C-829/24).

Key areas of concern include:

– Although the new bill is a complex piece of legislation that imposes restrictions on a wide range of civil and political rights, it is being passed by Parliament through a *rapid and non-inclusive legislative*

process, without adequate consultation with opposition or civil society groups. As such, the process of its adoption raises the same concerns flagged by the Venice Commission in relation to the 2023 sovereignty protection act (see esp. para 26). As the Venice Commission noted in 2023, given the government’s public statements about its intent to introduce such measures, there was ample time for debate and social consultation of the measures (para 26).

– In 2024, the Venice Commission raised concerns about the *flawed constitutional grounding* of the mandate of the Sovereignty Protection Office with reference to Article R(4), which mentions the protection of constitutional identity but not sovereignty (see esp. para 34). The same concern appears to hold in the case of the new bill and is equally valid for the involvement of the National Tax Authority and banks tasked with protecting sovereignty via financial transparency measures.

– The bill aims to address foreign influence in Hungarian public life in such *sweeping terms* that the Venice Commission found problematic in its [2023 urgent opinion](#) on Poland’s legislation to counter Russian influence as well as the opinion on Hungary’s 2023 sovereignty protection act, warning that “flawed legislation might open the door for political misuse, have an influence on the electoral process and lead to the violation of human rights” (para 27). In particular, the Venice Commission pointed out that the scope of activities covered by the 2023 sovereignty protection law “goes clearly beyond acceptable transparency obligations on NGOs in relation to foreign funding” in Europe (para 55). As the concept of ‘influencing public life’ in the new bill goes beyond the sphere of electoral contestation, it stands to reason that the new bill also exceeds the acceptable transparency obligations for civil society organizations.

– The *binary distinction between foreign and non-foreign activities and interests* was previously found problematic by both the Venice Commission and the European Commission, as it does not take account of Hungary’s membership of the European Union or Hungary’s obligations under the EU Treaties. The concept of foreign funding used in the new bill

includes funding originating from any EU member state or by any EU institution whose seat is not in Hungary.

From the perspective of EU Law, the new bill seeks to restrict the free movement of capital under Article 63 TFEU in a manner that the CJEU found to violate EU Law in its judgment on the 2017 transparency law (C-78/18, esp. para. 62-64). According to the CJEU:

“86. The objective of increasing the transparency of the financing of associations, although legitimate, cannot justify legislation of a Member State which is based on a presumption made on principle and applied indiscriminately that any financial support paid by a natural or legal person established in another Member State or in a third country and any civil society organisation receiving such financial support are intrinsically liable to jeopardise the political and economic interests of the former Member State and the ability of its institutions to operate free from interference.”

Given that the scope of the prohibition in the new bill is wider and the sanctions are considerably more severe than in the 2017 transparency law, it stands to reason that the new restrictions cannot be justified as restrictions on the free movement of capital either.

The key terms used in the new bill are *vague and imprecise*, raising doubts as to whether the provisions are accessible and foreseeable – a rule of law (legality) concern previously raised by the Venice Commission regarding the 2023 sovereignty protection act (esp paras 74 es seq.).

Under the new bill’s broad definition of interference with public life, any public criticism of Hungary’s stance on the rule of law (as required for monitoring compliance with EU standards), or of the current constitutional conception of family and marriage, and related concepts (such as children’s rights or gender identity underpinning the recent ban on the LGBTQ+ Pride march) would potentially qualify as an attempt to influence public life. The emphasis is on *potentially*, as the bill operates with such vague terms that the decision-maker will have unbridled discretion. This makes the application of the law completely unpre-

dictable, creating a chilling effect for any civil society or media organization, think tank, or research institute engaging in scrutinizing (and potentially criticizing) the government.

This chilling effect impairs the exercise of fundamental political rights that are essential for the proper functioning of a European democracy – both domestically and at the European level. The chilling effect of the 2017 transparency law was a major concern for the CJEU due to its “deterrent effect on the participation of donors resident in other Member States or in third countries in the financing of civil society organisations falling within the scope of the Transparency Law and thus to hinder the activities of those organisations and the achievement of the aims which they pursue. They are furthermore of such a nature as to create a generalised climate of mistrust vis-à-vis the associations and foundations at issue, in Hungary, and to stigmatise them” (para 118).

In its infringement action against the 2023 sovereignty protection act, the Commission argued that “the Law at issue makes it possible to target activities that are a legitimate expression of the rights conferred by the EU Treaties on EU citizens and organisations and to restrict such activities.” The new bill imposes even harsher consequences on organizations as well as on individuals. Similarly to its 2023 precursor, “it makes those citizens and organisations subject to the exercise of state powers that infringe the rules on data protection and are incompatible with a number of fundamental rights, which are the pillars of a pluralistic and democratic society.”

The applicable European human rights concerns were set out by the European Court of Human Rights in its 2022 judgment *Ecodefence v Russia* on the Russian foreign agent rules, and will not be recited here.

Beyond questions regarding the legitimacy of the bill’s aims pursued and the quality of its legal regulation, the *proportionality* of the measures and the *lack of adequate procedural safeguards* in the new bill are highly questionable.

As the bill does not specify the amount of foreign funding that would trigger registration, it follows that

any amount of foreign funding is sufficient for being included in the register. Similarly, there are no limits on triggering heightened scrutiny of the personal finances of key personnel of listed entities. According to the *Blitz-analysis* of a senior legal expert, when this bill is passed, it will be easier to finance terrorism in Hungary than to support an NGO or independent journalism critical of the government.

Procedural safeguards are scant to non-existent in the new bill, with seriously limited opportunities for judicial review. This violates access to justice and access to remedies both under EU and European human rights law.

Next steps?

The mayor of Budapest, Gergely Karacsony, *asked* the European Commission to take steps to prevent the law from taking effect. This appears to be a tall order, as the Commission has yet to respond in similarly preventive terms regarding the 2025 amendments of the assembly law that enable the banning of the LGBTQ+ march before its 30th anniversary or to the 15th amendment to the Fundamental Law passed in April 2025. This hesitation reflects a sense of trepidation, likely driven by the complexity of the legal issues involved – and is compounded by political considerations.

As the Commission is considering next steps, two concerns merit emphasis:

First, the new Hungarian bill imposes restrictions on political and civil rights, and ultimately threatens the functioning of constitutional democracy in Europe by purposefully removing safeguards that were in place in the Hungarian constitutional order at the time of Hungary's accession to the European Union. In other words, the new bill is a textbook example of constitutional retrogression and needs to be treated as such. The new bill constitutes a departure from Hungary's commitment to the Union's founding values (Article 2 TEU), a political commitment affirmed by its accession to the Union. According to the CJEU (C-896/19 *Repubblika v Il-Prim Ministru*, para 63), the founding values of the Union are "common to the Member States", and respect for them was a prerequisite for

accession; Member States are not at liberty to back-track on their commitment to these values after accession. The Union retains the powers to defend these values in order to preserve its legal order (Case C-156/21 *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, paras. 124-127).

Second, the new transparency bill is the second piece of Hungarian legislation passed this year that builds on an earlier act currently under scrutiny before the CJEU as a result of infringement action. Just like the act preparing the ban of the LGBTQ+ Pride march, the new transparency bill introduces legal issues that warrant careful consideration under EU law. The President of the CJEU accepted the complexity of the legal issues raised by the 2023 sovereignty protection action act; yet, on *February 12, 2025*, he granted the Commission's requested for an expedited procedure, noting that the nature of the case requires that it is dealt with in a short time (para 19).

By refusing to await the (expedited) outcome of the pending CJEU case on the 2013 sovereignty protection act, the Hungarian government is plainly violating the principle of loyalty and the principle of sincere cooperation under Article 4(3) TEU, further underscoring the need for a robust response. As the Commission weighs a new infringement action concerning the new transparency measures, it should also seek an interim measure to safeguard the effectiveness of the outcome of the pending case on the 2023 sovereignty protection act. An interim measure preventing the entry into force of the new law would be a crucial step towards halting the retrogression of the founding values and the fundamental freedoms on which the EU is built.

*Research for this post was conducted in the framework of the *Towards Illiberal Constitutionalism in East Central Europe project*, funded by the Volkswagen Foundation. This post was written in the framework of the *Jean Monnet Network PROSPER*.*

Gábor Mészáros

Another Thread in the Spider Web

Hungary's Suspension of Citizenship

doi: 10.59704/0d9a306bde5cc848



On April 14th 2025, the Hungarian parliament passed the 15th Amendment to the Fundamental Law, which includes new provisions allowing for the suspension of citizenship – a measure described as “[unprecedented and barely intelligible](#)” by Péter Szigeti. Alongside the newly introduced [Citizenship Suspension Law](#), the framework’s vague and expansive criteria provide the government with a powerful instrument to strip political opponents of their right to vote ahead of the 2026 parliamentary election, despite [official claims to the contrary](#).

The new framework

Article G, paragraph (3) of the Fundamental Law now contains the possibility of suspension of citizenship for dual citizens. As the Preamble of the 15th Amendment states, this rule does not apply to individuals enjoying the EU’s right to free movement and residence which means that EU citizens will not be affected. This serves a clear political purpose: it is designed to avoid further confrontation with the European Union. The government is keen to prevent even the appearance of an additional violation of EU law, particularly given that the new measure builds on the [2023 Sovereignty Protection Act](#), which is already the subject of an ongoing [infringement procedure](#). It also remains to be seen how other EU member states – and, most importantly, the Court of Justice of the European Union – will decide regarding EU citizenship itself. EU citizenship is generally derived from Hungarian nationality – which raises complex questions, such as whether the suspension of Hungarian citizenship would also entail the suspension of EU citizenship. If that were the case, it would push EU law into uncharted territory.

So, as things stand, the group targeted and most affected by this new framework are dual citizens from other nationalities, who now face the possibility of having their Hungarian citizenship suspended. A prominent and important example of this is [Péter Márki-Zay](#), the opposition’s candidate for prime minister in 2022, who holds both Canadian and Hungarian citizenship.

The amendment and its principle are concretised in the newly introduced [Citizenship Suspension Law](#) which was brought forward as an individual motion amending two existing simple statutes on the topic on April 1, 2025, and is likely to carry the constitutional amendment’s main effects. It defines the concrete conditions for suspension of citizenship, such as the existence of another non-EEA or non-candidate country citizenship, and the fact that the basis of suspension shall be a direct threat to Hungary’s public policy, public order, and national security. These latter categories include several subcategories, such as serving in another state’s army, serving the aims of a foreign country, a foreign organisation, or a foreign power, and participating in or supporting a terrorist organisation. The most concerning condition, in this context, is that citizenship can be suspended when a person acts in a manner “incompatible with Hungarian citizenship” and “on behalf of a foreign power or foreign organisation”, or “carries out the objectives of a foreign power or foreign organisation”.

Hidden authorities and the illusion of compliance

The Preamble of the law declares that one of its central aims is to strengthen the existing instruments for safeguarding “national sovereignty.” It further asserts that Hungarian citizenship must be understood

in conjunction with the preservation of a “democratic order” and the “protection of state sovereignty.” Yet, despite the use of liberal and democratic terminology, it is evident that the true objective of the new provisions is to restrict and monitor individuals [whose political opinion differs](#) from that of the Orbán government.

Indeed, the institutional framework enabling the enforcement of the rules of Citizenship Suspension Law is already firmly in place. Although the law does not explicitly reference the [Protection of National Sovereignty Act \(Act LXXXVIII of 2023\)](#) – a piece of legislation strongly [criticised](#) by the Venice Commission – it is evident that the Sovereignty Protection Office, established under that Act, plays a central role in the broader sovereignty protection framework. The Office’s mandate is defined in vague and expansive terms and has recently gained renewed significance through the introduction of the Hungarian Transparency Bill which further strengthens the state’s sovereignty apparatus. This expansion has triggered serious tensions with the European Union: 26 Members of the European Parliament have [called on the European Commission](#) to suspend all financial transfers to Hungary, and the concerns surrounding the Sovereignty Protection Office have already led the [Court of Justice of the European Union](#) to expedite proceedings back in February 2025.

In this context, the Citizenship Suspension Law’s silence on the Sovereignty Protection Office appears strategic. By omitting any direct reference to the Office, the Orbán government likely seeks to obscure its involvement and avoid drawing legal scrutiny – a tactic it has used before. As we previously demonstrated in our [blog post with Kim Lane Scheppele](#), the Integrity Authority’s dependence on another body (EUTAF) was hidden in a similar manner: the relevant law never mentioned EUTAF by name, making it difficult to identify through standard legal research. A comparable strategy is now being employed: the Citizenship Suspension Law repeatedly invokes the importance of “sovereignty” without naming the very authority tasked with enforcing it. As a result, identifying the responsible body requires prior knowledge and

circumvents conventional transparency, allowing the government to maintain a façade of EU compliance while subverting it in practice.

The resurgence of a denunciation culture

The mandate of this [Sovereignty Protection Office](#) is outlined in Article 3 of the Protection of National Sovereignty Act, stating that it is tasked with exploring and investigating activities aimed at “influencing democratic discourse and state and social decision-making.” The Office shall particularly focus on individuals who exercise public authority and hold responsibilities on behalf of a foreign state, organ, or organisation, in case their actions threaten to jeopardize Hungary’s sovereignty. It is headed by Tamás Láncki – Orbán’s former speechwriter and the author of the infamous Figyelő list that collected and named the so-called “Soros agents”. The Office has already targeted opposition MEPs, NGOs, and journalists, leaving little doubt as to which actors may be labeled “foreign.” For dual citizens associated with such organisations, the suspension of Hungarian citizenship under the new rules becomes a tangible threat.

Article 9/C paragraph (3) of the Citizenship Suspension Law states that anyone can file a report to the minister – appointed in the government’s decree and responsible for the suspension of citizenship – regarding suspicious citizens. As the reporter is not considered a customer, the names of these people or organisations would never be known. As the mentioned Sovereignty Protection Office becomes the most empowered state administration organ, it will undoubtedly play a crucial role in reporting the members of “foreign powers and organisations”.

In Hungary, where the [recent politics of Orbán significantly divided society](#), the prospect of anonymous reporting risks becoming a vehicle for personal vendettas, driven by hatred or envy. It evokes unsettling parallels with the country’s socialist past, when so-called “enemies of communism” were secretly denounced to the authorities in acts of private revenge. Yet the most troubling element of this provision lies in its final sentence, which empowers the minister to withhold notification of the proceedings

from the individual concerned – citing “public and national security” as justification. This grants the minister unchecked discretionary authority to conceal the initiation of legal action, a practice fundamentally at odds with the principles of due process and the right to a fair hearing.

Institutional in(ter)dependencies

This threat is exacerbated by institutionally significant provisions concealed deeply within the Law’s dense and highly technical procedural rules. Under the Citizenship Suspension Law, the decision on suspension – which, according to the previously mentioned rule, could be the first moment the person concerned is actually informed about the process – is ordered by the minister. Suspension may last until the person is “no longer dangerous” for the public order and national security, but for a maximum of ten years.

The Law, then, introduces a unique procedural rule that could significantly affect the final decision of the Kúria (Supreme Court of Hungary) which may annul, but cannot modify, the minister’s decision. This decision must at once be communicated to the person affected by the suspension and be published in the *Hivatalos Értesítő*, which is an annex to the National Gazette. It is only within 30 days after the publication of the suspension that the decision may be challenged. If the Kúria, in response, annuls the suspension – which has initially been proclaimed in official terms by the minister – this decision must also appear in the *Hivatalos Értesítő*. By mandating such public announcements, the law ensures that any conflict between the executive and the judiciary is not merely transparent but actively staged.

While in a constitutional democracy with strong judicial independence this might appear benign, in Hungary’s current context, it raises serious concerns. The likely purpose of this rule is to make judges’ disagreement with the minister publicly visible in advance, thereby exerting pressure on them before a decision is even rendered. This risk is particularly acute in a judiciary that has been progressively hollowed out – most recently through the appointment of the *Fidesz* loyalist chief judge András

Zs. Varga, who is likely to exercise *significant influence* over the outcome of individual cases surrounding the suspension of citizenship if needed. Indeed, Varga has a past record of aligning with the Orbán’s government motivation efforts to restrict independent judicial decision-making in politically sensitive cases. In his *2025 New Year’s address*, he threatened judges advocating for judicial independence; during the 2022 Parliamentary elections, he warned of an *impending constitutional coup*, defending the regime’s one-party constitution. At the end of 2023, he dissolved a panel within the Kúria’s administrative department and reassigned its judges – likely in response to some of their individual judgments that had *challenged the regime*. He is a Chief Judge who appears unwilling to tolerate professional criticism of his conduct. This was most evident shortly before last Christmas, when he *sanctioned two of his staff members* – both with impeccable professional records – seemingly in an effort to silence dissent. Under these circumstances, there is little doubt that Varga will continue to use his administrative and personnel powers to ensure that judicial outcomes align with government policy.

Weaving an intricate web, again and again ...

The Citizenship Suspension Law, in conjunction with the 15th Amendment, constructs what can only be described as a legal *zone of indifference* – a space of deliberate ambiguity between inclusion and exclusion, between citizen and non-citizen. According to the relevant provisions of the new law, dual citizens whose Hungarian citizenship is suspended crucially also lose their political rights, including the right to vote and to stand for public office. Yet paradoxically, these “suspended citizens” remain citizens in name, as the suspension is time-limited and cannot exceed ten years. This legal limbo effectively empties citizenship of its core democratic functions. The law thus enables the Orbán government to disenfranchise political dissenters without resorting to formal denaturalization, using the veneer of legality to suppress opposition.

Although not explicitly named in the legislation, the Sovereignty Protection Office is poised to play a

central, clandestine role in determining whose rights are suspended. Nominally vested with a narrow investigative mandate, the Office in fact operates under overly broad and vaguely defined legal authority – allowing it to function as a political instrument against regime critics. It already plays a vital role in identifying and targeting so-called enemies of the state, and it could easily emerge as the key institution responsible for determining whose citizenship – and thus whose political agency – is suspended. In the lead-up to the 2026 parliamentary elections, this silent yet powerful role carries grave democratic consequences: by enabling the disenfranchisement of “suspicious citizens,” the Sovereignty Protection Office may serve not only to suppress dissent but to help engineer the outcome of the electoral process itself.

The author expresses his gratitude to Petra Bárd and Gábor Halmai for their valuable comments on a draft of this piece.

Research for this post was supported by a Grant from the German-Israeli Foundation for Scientific Research and Development (GIF, Grant number 1557).

Ylenia Maria Citino

Addio, Rule of Law?

A Critical Comment on Italy's Trajectory on Security, Surveillance, and Freedom

doi: 10.59704/01c8322f191f5d39



Fears are spreading that Italy, too, may be joining the club of EU Member States nicknamed as “[dismantlers](#)”: countries whose governments are taking measures to undermine the rule of law. As a matter of fact, recent developments in Italy lay bare a set of enduring constitutional tensions: the challenge of safeguarding media freedom and fundamental rights amid the securitarian shift of a right-wing government committed to strengthening national security and the effort to reform criminal justice without narrowing civic space. All of this is unfolding against the backdrop of a [still-pending](#) constitutional reform that, though currently on stand-by, continues to cast a shadow over institutional balances, particularly in light of ongoing debates on a possible change of the electoral law.

In this post, I will discuss three episodes that are triggering a harsh debate among constitutional scholarship. First, allegations that anti-mafia prosecutors had surveilled government officials in what has been dubbed the “[Striano gate](#)”; second, counter-allegations that the government had spied on journalists and activists in the so-called “[Paragon affair](#)”; and to top it off, the enactment of a [Security Decree](#) via an unorthodox (yet quite common) legislative technique.

While the actors involved are not the same in each story, the constitutional stakes are analogous: the proper use of coercive powers in a democracy and the traditional dichotomy between freedom and state authority. So, after all, are we witnessing early signs of democratic regression?

The suspicion game

The “Striano gate”, sparked in early 2024, revealed a troubling case of unauthorised surveillance, qualified

by some as political espionage, by others dismissed as irrelevant. At the centre of the scandal is a Lieutenant of the Finance Police (*Guardia di Finanza*) who allegedly accessed hundreds of confidential data records from anti-mafia prosecutors’ databases without prior green-light. Many of them were [leaked to journalists](#), thus raising serious concerns about the misuse of sensitive information belonging to persons in prominent political positions (including members of the government).

In response to the scandal, Italian authorities have initiated investigations, now under the jurisdiction of [the Rome Prosecutor’s](#) Office for a second review. The affair has also triggered [mounting tensions](#), particularly within the Italian Parliament’s Anti-Mafia Committee, where a conflict-of-interest polemic has emerged. Although the case is still open, it has reignited long-standing concerns about the politicisation of the judiciary and judicial overreach in Italy. The attempt to orient political processes, reflected in the contemporary tendency to a “government of the judges”, is part of a wider debate unfolding in many countries, such as – recently – in France, with the legal proceedings involving Marine Le Pen ([Aynès, 2025](#)).

The Paragon affairs

The second scandal was exposed by [The Guardian](#), featuring interviews with some Italian journalists and NGO activists maintaining that a software developed by [Paragon Solutions](#), a company founded by former Prime Minister Ehud Barak ([Haaretz](#)), was spying on their phones and that this company had a contractual relationship with the Italian government. The victims received a WhatsApp alert about potential spyware

intrusion, and the director of an online media outlet (Fanpage) claimed that he was being hacked because of his critical stance toward the Italian Government and that, knowing this, the company had immediately terminated its contract with the Italian authorities on ethical grounds. In response, the Government issued a [press note](#), reminding that journalists are legally protected from intelligence surveillance under Law No. 124 of 2007. The government also acknowledged that seven Italian mobile devices appeared to have been infected and announced it had activated COPASIR, the Parliamentary Committee overseeing intelligence services, to investigate further.

However, the picture becomes even more disconcerting when one connects the dots between the pressure on journalists, the allegations of surveillance against the government, and a set of rules recently approved by the executive.

The “Security Decree” on a tightrope?

The “Security Decree”, or [Decree-Law No. 48](#), enacted on 11 April 2025 by the government encompasses a broad set of measures on public security, aiming at combating terrorism and organized crime (Part I), addressing urban security issues (Part II), protecting law enforcement personnel (Part III), supporting victims of usury (Part IV), and reforming the penitentiary system (Part V).

Criticism over it concerns many provisions. [The decree](#) sets or increases sanctions for a wide range of offences, including, but not limited to, the act of blocking streets, particularly when carried out by a group. It punishes riots occurring within prisons and migrant detention centres (*Centri di permanenza per il rimpatrio*, or CPRs). It also provides for arrest in case of begging (*accattonaggio*) and for individuals committing crimes in public transportation hubs.

Some provisions, suspected of being unconstitutional, were either repealed or significantly watered down, due to several [remarks](#) by the President of the Republic ahead of issuance. For instance, the initial version of Article 31 imposed a duty to cooperate with national intelligence services on all public administrations, including publicly owned and publicly controlled

companies. This ostensibly comprised universities and the public service media, so critics argued that the provision posed a [risk of stifling freedom of information](#) and academic freedom. The article, a substantially long and rather obscure one as it relies heavily on multiple legislative cross-references, contains several norms for empowering the activity of secret services, but the criticised “duty to cooperate” has been repealed from the version in force. Despite this and other last-minute changes, dissent on the rest of the decree remains strong.

In particular, 257 Italian legal scholars, including prominent figures such as former Presidents and Vice Presidents of the Constitutional Court, published an [open letter](#) expressing deep concern about what they characterised as an authoritarian and repressive turn in the Italian legislative agenda. Interestingly enough, the letter was not disseminated through academic channels or institutional fora, nor was it discussed in seminars, but via a popular media outlet known for its anti-establishment editorial line and consistent criticism of right-wing governments, *Il Fatto Quotidiano*. There, the appeal framed the decree as a prioritisation of state authority over individual freedoms and fundamental rights.

The signatories argue that the decree is affected by two main deficiencies. First, on procedural grounds, it represents a “humiliation” of the Parliament. The decree was issued by the Government while the same text was already under discussion in its second reading at the Senate, raising serious questions of compliance with [Article 77 of the Constitution](#), which allows for decree-laws only in “extraordinary cases of necessity and urgency”.

Second, on substance, the signatories argue that the decree embodies a broader political strategy of governing through fear, rather than following democratic and constitutional principles, as evidenced by the “unreasonable qualitative and quantitative increase in criminal penalties”.

A more restrained but still critical debate has also emerged within the Italian Association of Constitutionalists (AIC), which, on a periodic basis, fosters debate on a topical issue of relevant constitutional

interest. In its 04/2025 issue of *Lettera AIC*, Balduzzi opened the discussion sharing his impression that the decree marks “the fall point of ancient and decisive issues for our form of government and our form of state,” cautioning that such emergency decrees must remain the exception to parliamentary legislation and that this use of legislative power shall generally be suspected. Cardone pointed out the distorting effects of overusing decree-laws, including internal incoherence and the erosion of parliamentary sovereignty: for him, the Security Decree is a patchy collection of disparate subject matters. Others, like Camerlengo, warned that the decree signals a shift from viewing “security as a means” to understanding “order as an end in itself.”

A tough nut to crack

The discussed episodes of alleged political and journalistic espionage in Italy, though still under judicial investigation, are undoubtedly cause for concern. However, from a constitutional perspective, it is prudent to adopt a position of analytical caution and refrain from premature judgments about possible systemic implications. More worrisome, in the short term, is the normative content of the Security Decree, which affects a range of fundamental rights, including freedom of expression, freedom of assembly, and the right to peacefully protest. The securitarian turn of the Meloni government was evident from the very beginning of its mandate, as signalled by its first major legislative act: Decree-Law No. 162/2022 (*Decreto Rave*), later converted into law, which aimed at the prevention and suppression of illegal gatherings and parties on abandoned properties. It is worth noting that this legislative trajectory responds to a strong political demand among the governing coalition’s electorate, shaped by public perception of urban insecurity and rising crime rates.

As for the Security Decree, the legislative process was rushed but its path remained firmly within the boundaries of current institutional (mal)practices. While procedural shortcuts do raise legitimate concerns about the separation of powers, an issue rightly noted in the above-mentioned AIC Letters, it

remains the case that Parliament retains the final say on emergency legislation. Under Article 77 of the Constitution, decree-laws are valid only temporarily: the government must submit them to Parliament on the day of enactment, and Parliament has 60 days to convert them into law, amend them, reject them, or allow them to expire.

Moreover, the use of decree-laws must be evaluated in a historical context. Since at least the 1980s, Italian executives have routinely relied on emergency legislation to advance their political agendas (Cassese, 2021). Executive predominance in the legislative process has been a structural feature of the Italian system and is far from unique to Italy. Comparative data confirms this trend across parliamentary democracies: government-initiated laws account for 80.4% of legislation in Germany, 84% in the United Kingdom, and 96% in Spain. Even in France, where parliamentary power has recently resurged, government-initiated legislation still accounts for 52% of laws (*Rapporto sulla legislazione*, 2025).

By contrast, when compared with the exceptional legislative dynamics of the COVID-19 crisis, current trends suggest a relative normalisation of executive–legislative relations in Italy (Longo, 2021). “Normalisation” does not equate “equilibrium”: the (im)balance between the executive and the legislative remains shaped by structurally “creative” practices that often allow the executive to circumvent or dominate parliamentary procedures. A notable example is the proliferation of so-called *Decreti Minotauro*, a practice whereby several decree-laws are repealed and their content folded into amendments to a single conversion bill already under examination. This and other legislative stratagems have the effect of sidelining Parliament and diminishing its deliberative capacity, as argued by Losana (2024).

A cautious assessment

So, is Italy experiencing a democratic regression? This is not the ideal forum in which to offer a definitive answer, one that requires more than intuition or perception. Instead, it demands careful evaluation grounded in measurable indicators and comparative

benchmarks and, in this regard, the forthcoming [2025 Rule of Law Report](#) by the European Commission is a tool that may offer valuable insights ([Citino, 2024](#)). Moreover, any assessment must situate recent episodes within the broader context of the Italian constitutional system and the enduring robustness of its institutional guardrails. These include the moderating role of the President of the Republic and the pivotal part played by the Constitutional Court, the resilience of parliamentary debate, weakened in its legislative function but, more realistically, leaning towards new forms of parliamentary oversight of the executive ([Griglio, 2020](#)). Lastly, the valuable role of civic mobilisation in Italy must be recalled, completed by a vibrant media environment which serves as a democratic watchdog (but see risks of politicisation of public media service [here](#)).

One final consideration is worth noting. Italy's political polarisation is not in itself evidence of institutional breakdown; rather, it is the consequence of the rise of populist dynamics spreading across Europe and beyond. In the Italian context, such polarisation is further shaped by the country's distinctive political culture, namely, the intrinsic heterogeneity (and riotism) of its governing coalitions. This can be exemplified by a closer look at the composition of the Conte governments, which spanned dramatically different coalitions from the populist alliance between the Five Star Movement and the League (Conte I) to a centre-left coalition including the Democratic Party (Conte II). Unlike more rigid coalition systems (e.g., in Germany, where agreements tend to mute internal dissent), Italian majorities are, therefore, often characterised by internal negotiation, tension, and even open disagreement. Far from signalling dysfunction, this feature reflects an enduring, even if at times unruly, form of intra-coalitional dialogue and democratic contestation. It is precisely this culture of ongoing negotiation that distinguishes Italian parliamentary democracy and complicates external efforts to interpret it through conventional models of institutional stability.

Adeodata Kanyamihanda

Safe for whom?

The Advocate General's Opinion in LC and LP v Commissione
Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di
Roma



doi: 10.59704/897cdf9085662e91

In [his Opinion](#) of 10 April 2025 in the joined cases C-758/24 and C-759/24, Advocate General (AG) Jean Richard de la Tour argues that a third country may qualify as a safe country of origin (SCO) even if it is unsafe for certain groups. In doing so, he revives a reasoning the ECJ had rejected in [its ruling](#) of 4 October 2024 (CV, C-406/22). This interpretative shift, embedded in the framework of the New Pact on Migration and Asylum, risks undermining essential safeguards for asylum seekers.

The AG's interpretation of the revised [Asylum Procedures Directive 2013/32](#) (APD) allows for partial SCO designations. This contradicts both the Directive's protective purpose and the ECJ's categorical rejection of such exceptions. This way, it opens the door to arbitrary exclusions based on personal characteristics. By the same logic, such personal exceptions should be considered impermissible under EU law. While [Rocca](#) has addressed the Opinion's human rights implications, this piece focuses on partial SCO designations and the Directive's intended safeguards, structure, and language.

Safe countries of origin and asylum seekers: procedural shortcuts, fundamental risks

The idea that some countries are “safe” is central to the EU asylum procedures. But who decides what qualifies as safe? This question has long preoccupied both international and EU refugee law. [Guy Serle Goodwin-Gill](#) once gave it sharp form: “Who then is to say that countries are safe? And by whose standards? Secret men in secret rooms reading secret memos? No.” (para. 2, Opinion).

In EU asylum law, the [concept](#) of SCO traces back to the [London Resolutions 1992](#). It was later formalised in the [APD 2005/85](#) and continues to shape asylum procedures under the revised [APD 2013/32](#). The Directive sets out common rules for granting and withdrawing international protection (refugee status or subsidiary protection status) across EU Member States.

[Articles 36, 37](#) and [Annex I](#) of the APD regulate the SCO mechanism. They allow Member States to subject applicants who are nationals of – or, in the case of stateless persons, were formerly habitually resident in – designated safe countries of origin to an exceptional examination regime. These procedures are frequently accelerated and may be carried out at borders or in transit zones.

This regime is built on a rebuttable presumption: applicants from SCOs are considered to be sufficiently protected against persecution and serious harm. On this basis, Member States may fast-track their applications.

However, these accelerated procedures come at a high cost. Compared to the [regular asylum procedure](#), they drastically shorten appeal deadlines, permit detention at borders or in transit zones, and often remove the automatic suspensive effect of appeals, meaning a negative decision may be enforced even while under review. The procedural shortcuts pose serious risks to applicants' [fundamental rights](#): tight deadlines restrict access to legal advice, and the lack of suspensive effect increases the risk of refoulement, where someone is returned to a country where they may face persecution. The widespread use of detention

also raises concerns under the right to an effective remedy under Article 47 of the [Charter of Fundamental Rights of the European Union](#) (CFR) and Article 6 of the [European Convention on Human Rights](#) (ECHR).

Can Italy's designation of Bangladesh as a safe country of origin stand?

The recent [Italy-Albania protocol](#), though not initiated by the EU, introduces a new element to European asylum practice. It allows for the transfer of asylum seekers – processed under the accelerated border procedure – to detention facilities in Albania, which are treated as EU border or transit zones. Although located outside Italian territory, these procedures fall under Italian jurisdiction. Accordingly, the EU asylum law, including the APD, remains fully applicable.

The protocol brings the practical meaning of “safety” under EU law back into focus: it matters who decides – and which benchmarks they use.

This legal dilemma is central to the joined cases LP (C-758/24) and LC (C-759/24). On 16 October 2024, two Bangladeshi nationals, rescued at sea and detained in Gjadër, Albania, applied for international protection. Just weeks earlier, Bangladesh had been designated as a SCO under [Legislative Decree No. 158/2024](#). As a result, the Territorial Commission of Rome subjected them to the accelerated border procedure (paras. 16-17, Opinion).

Unlike its [predecessor](#), the new decree no longer discloses the sources used to assess Bangladesh's safety, raising concerns, particularly in light of the ECJ's ruling in [CV, C-406/22](#), just ten days earlier, on 4 October 2024. In that decision, the Court held that EU law does not permit Member States to designate a country only partially as a SCO. The required safety criteria must be fulfilled across the state's entire territory. Italy responded by revising its list, removing countries with regional protection gaps but retaining those deemed unsafe for specific groups (paras. 26-27, Opinion).

The day after the applicants submitted their request, the Territorial Commission of Rome rejected both claims, citing the applicants' failure to rebut the presumption of safety attached to Bangladesh. In

response, the *Tribunale Ordinario di Roma* (Rome District Court) referred four preliminary questions to the ECJ on how Member States should interpret and apply the SCO provisions of the APD (para. 18, Opinion).

Written observations were submitted by 17 Member States and the European Commission, with the first three questions focusing on Articles 36, 37, and 46 APD, as well as Article 47 CFR (paras. 4-5; 22, Opinion).

Can information on safe country designations be kept a secret?

One key question raised by the referring court is whether a Member State can designate a third country as a SCO through a legislative act without disclosing its sources.

The court stresses that even where designations are issued by legislative act, this must not shield them from judicial scrutiny. Applicants and national courts must be able to challenge the presumption of safety effectively. In particular, judicial authorities must be in a position to examine the sources on which the designation is based, especially where these are not disclosed, ensuring an up-to-date evaluation of the individual case (para. 4, Opinion).

AG de la Tour agrees: legislative acts are permissible, but they must remain subject to judicial review if contested. Shielding them ([Samba Diouf, C-69/10](#)) would undermine the effectiveness of the Directive (Article 288 (3) [Treaty on the Functioning of the European Union](#)), particularly the right to an effective remedy under Article 46(3) APD. Since such designations implement EU law, they must adhere to the fundamental principles and safeguards set out in Chapter II of APD 2013/32, as well as ensure compliance with the right to an effective judicial remedy (Article 46 APD, Article 47 CFR and paras. 37-39; 47 Opinion).

Even where sources are not disclosed, national courts may still rely on Article 37(3) APD, which allows them to gather independent information in accordance with the criteria in Annex I (para. 64, Opinion).

Can safe countries of origin only be partially safe?

The fourth preliminary question referred to in *Alace and Canpelli* addresses whether a Member State may designate a third country as a “SCO” under the APD even when certain groups within its population face persecution or serious harm. This calls for a closer reading of Articles 36 and 37(1) APD and Annex I, especially for countries like Bangladesh, where structural risks persist for specific communities (para. 66, Opinion).

AG de la Tour proposes that such partial designations are compatible with the APD. Member States, he suggests, may designate countries as SCOs while explicitly excluding certain groups from the presumption of safety. He identifies two cumulative conditions. First, the country’s legal and political situation must broadly reflect a functioning democracy in which the general population enjoys sustained protection from persecution or serious harm. Second, the national legislation must explicitly state that the SCO designation does not apply to groups known to be at risk (para. 95, Opinion).

Yet, this raises significant [legal and practical concerns](#). Using “democracy” as a proxy for protection overlooks the systemic vulnerability of minorities, political dissidents, or survivors of gender-based violence – groups who often face targeted harm even in states that appear stable on the surface. In *CV*, the Court rejected such generalisations: safety must be assured throughout the territory. Where this is not the case, the presumption fails.

In practice, moreover, group-based exceptions are difficult to operationalise. [Accelerated procedures](#) often lack the administrative capacity and legal safeguards to make nuanced assessments, particularly in cases involving intersectional harms. If individuals are wrongly subjected to the presumption of safety, they may face limited access to legal aid, restricted appeals, and inadequate interviews, heightening the risk of refoulement and undermining Articles 33 of the [Refugee Convention](#) and 47 CFR.

As the Court is examining the joined cases under the [accelerated preliminary ruling procedure](#) (Article

105 of the Rules of Procedure), a decision can be expected soon.

When safety becomes strategy

Partial designation was explicitly allowed under the 2005 APD (Article 30) but was deliberately removed from the recast Directive. As the Court has made clear that this deletion was intentional. It reflects a conscious legislative decision to strengthen legal certainty and ensure that protection needs are assessed in a holistic and individualised manner. Any return to partial designation, the Court emphasised, must be reintroduced by the EU legislator (*CV*, paras. 73, 81).

Nevertheless, AG de la Tour identifies room for flexibility. He argues that the concept of “generally” safe countries in Annex I permits partial designation. He also points to discrepancies between different language versions of the Directive to support a more open reading (paras. 75-79, Opinion). His argument, however, is less grounded in legal necessity than policy logic. Partial designation, he suggests, could help national authorities manage asylum caseloads more efficiently by filtering out applicants deemed unlikely to require protection and reallocating resources to others (para. 85, Opinion).

This reframes the SCO mechanism into a tool of administrative expediency by reframing safety not as a condition for protection, but as a filter for efficiency. It shifts the focus from protection to efficiency – an approach the Court firmly rejected in *CV*. The presumption of safety, it held, must apply across the entire territory. Otherwise, the Directive’s purpose is eroded, and the risk of wrongful rejections increases (*CV*, para. 81).

When safety is redefined: legal tension on the horizon

The AG’s Opinion offers more than a legal reading. It gestures toward a future policy shift. The forthcoming [Asylum Procedures Regulation](#) (APR), a cornerstone of the [New Pact on Migration and Asylum](#), explicitly [reintroduces](#) the possibility of partial designation (para. 94, Opinion). This signals a shift in EU

asylum policy: away from an individual rights-based model toward a more management-oriented approach.

Yet under current law, such flexibility remains impermissible. Until the APR enters into force, Member States are bound by stricter standards of the APD 2013/32. Partial designation remains incompatible with EU law.

Whether the Court will reaffirm the existing framework or lean into the policy direction of the Pact remains open. But for asylum seekers, the implications are immediate: efficiency may be rising on the EU's agenda, but the cost may be borne by those most in need of protection.

When safety is shipped abroad: the EU's external turn

The APR entered into force on 11 June 2024 and is scheduled to apply from June 2026. However, the Commission's [recent push to fast-track key provisions](#), especially the EU-wide list of SCOs, signals a shift in priorities.

This trajectory mirrors the AG's reasoning in *Alace and Canpelli*, which departs from the ECJ's protection-focused stance in CV. While the [proposal](#) claims to affirm [fundamental rights](#), its operational logic tells a [different story](#): [Bangladesh](#), for instance, is expected to appear on the EU SCO list despite reports of torture and repression. That the applicants in *Alace and Canpelli* are Bangladeshi underscores what is at stake.

These developments must be read in the context of the EU's broader turn towards [externalisation](#). Asylum responsibilities are being relocated, but legal responsibility remains within the EU's jurisdiction, as illustrated by the *Italy–Albania protocol*. One might ask whether the Commission's proposal is intended to legitimise such arrangements. If key provisions of the APR are applied ahead of schedule, this could render the fourth preliminary question in *Alace and Canpelli*. At the same time, the very need to fast-track Article 61(2) APR suggests a [contradiction](#) of the AG's position: if early implementation is necessary, it implies that the current APD does not allow for partial SCO designations.

Giuliano Vosa

All This for “Primacy”?

Quos Vult Deus Perdere, Dementat Prius

doi: 10.59704/e265ef37a77b84ca



There is hardly any clearer picture of the “tragic” pitfall in which the EU languishes than the last evolutions of the rule of law’s saga, the most recent of which is the [C-448/23](#) case pending before the ECJ. The [AG’s Opinion](#) delivered on March 11th shows signs of the decline the EU suffers for the multiple crises occurred and for its reluctance to tackle politically, and open-mindedly, the manifold interrogatives that follow.

Background

Three claims appear to summarise primacy’s alleged *status quo*:

- 1) It must be secured regardless of the attributed competences;
- 2) It must be enforced as EU law is assumed to implement EU founding values, which are presumed to align with national constitutional values;
- 3) Other lines of arguments are countered by a militant language deployed in defence of such values.

Claim 1) has a long-lasting history in the evolution of EU law’s interpretation, which can be summarised in three steps.

One. Member States’ initial consent, as aimed at establishing a special legal order, leads to a teleological-systematic reading of all the measures based on the Treaties establishing that order – for such measures are assumed to pursue the objective the States envisaged. Thus, the *Lotus* doctrine – “where is State’s will, there is law” – is not formally repudiated, but circumvented in an evolutionary direction: this reading of the States’ initial consent separates voluntarism from textualism while coupling it with teleologism.

Two. This construct points to the supreme objective of the European integration: to preserve peace and

justice on the continent. While *post-WWII* constitutions reach both on a nation-wide scale, the integration protects it as merging nation-States would prevent a comeback of national autocracies.

Three. As consolidating this “national constitutional *acquis*”, EU law enjoys a positive bias resting on a moral preferability *vis-à-vis* national law. Thus, the competences conferred are understood in a functional, ever-broader sense.

Moral preferability strengthens States’ initial consent to expand EU law’s applicative scope. This leads to a subversion of legal logics, as apparent in the *effet utile*, a pattern for the overall EU’s primacy’s toolkit. Accordingly, “EU law must prevail on national law as it cannot reach its objective otherwise” – rather than “EU law is allowed to reach its objective only once its applicability is confirmed”.

Claim 2) adds three further steps to this trajectory.

One. That EU law prevails on national constitutional law is advanced in *Internationale Handelsge-sellschaft*; the conflict that follows is settled in light of the so-called *practical concordance*. Accordingly, a converging constitutional motion is held to embrace Member States and the EU, and is taken as capable of preventing constitutional conflicts between their respective orders. A *sameness of values* is held to exist between the two, the integration simply implementing those common values on a single plane.

Two. Consequently, an *irenica assumption* emerges: EU law is able to solve all conflicts arising in Europe’s space. Thus, the relationship between EU and the Member States shifts from a procedural – inter-order relations – to a substantive plane, *i.e.*, relations among fundamental rights. The question “who applies first?”

turns into “who protects that right better?”, which only makes sense in view of the EU and the States walking on a single moral path.

Three. As EU law enters the fundamental rights’ domain, national courts and the ECJ find themselves on the same side of the river: both protect individual rights against reluctant Member States. Such courts’ growing prestige has contributed to marginalising political legislators, national claims to self-government being associated with the spectre of autocracy. This *anti-sovereignty* narrative overlooks that, after 1945, sovereignty carries the prime legacy of *post-WWII* constitutions – namely, universal suffrage. However, so long as the irenic assumption works, EU law prevails on national law: State’s initial consent is taken as given *una tantum* – as it covers the whole integration, whatever measure it consists of – and sovereignty, though circumvented, is not violated.

Claim 3) emerges as the last two decades signpost a EU’s ever-increasing anti-voluntarist drift. The rise of multiple constitutional conflicts contradicts the irenic assumption: sovereignty knocks back at the door and the sameness of values comes under question.

Those who wish to drive the integration just *as usual*, or by “increased institutional variations” in response to increased challenges, oppose this process. They claim another subversion of legal logics: “so long as EU law applies with priority, then it solves all conflicts arising in Europe’s space”. The irenic assumption, in their view, is an *a-priori*: the cause, rather than the effect, of the sameness of values. Common values do not construe a law able to solve conflicts, but are construed by a law that solves – rather, suppresses – such conflicts. They find in the *Opinion* at debate a well-crafted summary of their arguments.

The existential primacy

Any national judgment opposing this latter subversion “does not constitute some minor friction between the EU and the national legal order: it strikes to the heart of the principle of primacy”, as there exists only one order in Europe’s space, and the ECJ is the supreme court thereof. National courts daring to challenge this

are labelled “rebels” albeit they do not claim to impose their law as EU law. Significantly, the Italian Constitutional court did impose its legal singularity – the “limitation-period as substantive norm” – on the ECJ in the *Taricco* saga, but escapes that label. This contradicts what the AG maintains, *i.e.*, that national courts defend sovereignty to counter the EU’s centripetal force: some defend sovereignty when the conditions for the case to shift from a procedural to a substantive plane are no longer met.

This is what supremely bothers the ECJ, which is desperate to get rid of it. Putting in a single discourse *Internationale Handelsgesellschaft* and *EuroBox Promotion* amounts to a narrative *escamotage* whose purpose is twofold: to tie primacy to common values straightforwardly while obliterating previous stages, so that national courts’ claims are deprived of legal anchorage.

Conferral: the supreme evil

Yet, the Treaties repeatedly mention the conferral principle as foundational to the EU integration. That principle is not a hollow box inserted at some points in the Treaties to please foolish *anti-Europeanists*. It entails that no legal basis can be made home for legal measures that go *too far* from its wording while touching upon *too sensitive* rights and interests of the States and the peoples concerned. *Essentiality*, more than proportionality and subsidiarity, seems the right key to its functioning: a principle well-known not only to the German Court, but also to the common constitutional traditions, as it undergirds the *reserve de loi*. The Court of Justice, too, deployed it to restrain secondary legal bases, in *Köster* – noteworthy, delivered *on the same day* as *Internationale Handelsgesellschaft*.

Protecting the conferral is crucial to giving a *sufficient* legal basis to EU law norms – “sufficient” being understood in terms of legal security and “democracy”, *i.e.*, as a substantive link with the *actual* consent of the States and the peoples.

Militancy

That the fifth value listed in Article 2 TEU can be used to derive specific rules from statements of principle

that had never been recognised such a capability before is the core of the *Rule of Law* doctrine. Cunningly anticipated in *ASJP*, it is being deployed as a political weapon against regimes whose policies are claimed incompatible with EU’s foundations.

What happens if EU law is deployed to fight a political struggle, rather than to solve it?

One consequence is that a subversion of legal logics affects the arguments deployed. The “captured court” rests on a circular fallacy, as whether that court can be considered “captured” under EU law is the question to be answered and cannot be part of the answer itself. That the ECJ decides on national identities under Article 4(2) exposes another fallacy: it builds on a refuted irenic assumption. Both arguments find little shelter in the Treaties and poor support in case-law: they *self-constitute* their own normativity. Formal constraints, as those provided by written texts, are ousted with little care for legal security and democracy, in the name of a European militancy that brings Europe towards destinations yet to be uncovered.

Self-sacrifice

In the name of this militancy – to which primacy is instrumental – the ECJ is slowly, but relentlessly, hollowing out its own jurisdiction. Freeing EU law from textual constraints stemming from national constitutions is eventually undermining “law” itself.

This is evident in another subversion of legal logics the *Rule of Law* doctrine entails. In the *ECJ’s words*, the States’ initial consent, given *una tantum* under Article 49 TEU, entails “respect” for Article 2 values,

“...EU law being based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that those Member States share with it, those same values... That premiss both entails and justifies the existence of mutual trust between the Member States and, in particular, their courts, that those values upon which the European Union is founded, including the rule of law, will be recognised...”

Cause and effect are indiscernible. If the mutual trust underpinning primacy is the effect of the existence of common values, there is a legal, yet faltering, yardstick that measures the commonality to constrain primacy. Conversely, if mutual trust is the cause of the commonality, that yardstick does not measure such commonality, but is measured by it. This latter commonality hardly tolerates judicial scrutiny, for it depends upon political agreement of the *élites* running the EU and the national institutions. The more the political sensitivity, the less the judicial scrutiny: it is the general rule of the *permacrisis* that occupies the centre of EU’s debates today.

The idea that forms cannot, and *ought not to*, resist the *movement* of the forces shaping Europe is not new to international law: *it was there a century ago*. A difference is that it was hosted-nurtured by one State that needed to create a *grand-space* for its own sake; today, that space is already available. Eerily enough, appeals to values come again with a twofold side: domestic *militancy* couples with *military* stances against powerful neighbours, yet in the same alleged view of defending one’s own values.

This approach is oft presented as a necessary, emergency-based response in a world whose abrupt changes cannot be tamed otherwise. Multiple versions of the *TINA* argument – *There Is No Alternative* – have been offered at length as a justification for the authoritarian turn the EU suffers at national and supranational level.

The argument that sensitive political choices lay behind such a slogan has been *already* developed. Suffice here to say that, if this argument had some truth, it would mark a regression from the standard of modern constitutionalism itself, which rests on the figure of a self-determining man, *faber fortunae suae*. A human being who is impotent before the forces that dominate the world is matter for pre-constitutional times, when law-making flew largely above human heads that were simply to bend before super-human powers. Such a human figure is depicted as the champion of the *post-WWII* constitutional and *Euro-unitary* values: paradoxically, yet in the name of a *non-regression principle* from those very values.

Open-mindedness

It comes with bitter irony that Article 2's normative force claims to work in defence of the *État de Droit* while getting rid first of the *État*, and then of the *Droit*. Such *blindness* is as scary as the magnitude of the powers threatening today's world, and contributes in the same measure to the decline of public reason, *subspecie* of dialoguing arguments, in Europe's public space. Accordingly, the ECJ would be the supreme court of a rule-of-law-based polity, but ready to manipulate the constitutional law of that polity in order to protect its political core – namely, the *status* of the *élites* that have been running the integration process. A wannabe constitutional court that, in fact, would do just the opposite as what one expects from a constitutional court.

There are motives enough to support a radical turn of this approach.

Radosveta Vassileva

Hot Rule of Law Potatoes

The CJEU's Formalism in Joined Cases C-313/23, C-316/23, C-332/23 and Its Implications

doi: 10.59704/270dbde4eeb474e9



Bulgaria's civil society has much anticipated a key judgment by the CJEU as concerns over the entrenched capture and politicization of the Inspectorate with the Supreme Judicial Council (JI), which is responsible for monitoring the ethical values of all magistrates, continue to cast doubts about judicial independence and accountability in the country.

On 30 April 2025, the Court finally handed down its [judgment](#) in joined cases C-313/23, C-316/23, C-332/23, which, among other pertinent questions on the GDPR, concerns the compatibility of Article 19 TEU and Article 47 of the EU Charter with a situation in which the members of a judicial inspection body have de facto remained in office indefinitely. Though not pertinent in the eyes of the CJEU, the question of the JI's mandate duration is closely linked to the election process and composition of the JI.

The judgment was met with enthusiasm by some rule of law aficionados and [opposition parties](#) such as the PPDB coalition primarily because, in their eyes, its reasoning also analogously applies to the Supreme Judicial Council (SJC) to which the JI reports. The politicization of the SJC is, in fact, regarded as even more problematic than the politicization of the JI because of its wide-ranging powers – it appoints and promotes all magistrates and is responsible for the initiation of disciplinary proceedings against them.

Regrettably, however, the highly formalist ruling will hardly make a difference. It fails to address the underlying rule of law challenges faced by both the JI and the SJC at their core. As such, the judgment is a missed opportunity – an attempt to hand off a hot “rule of law” potato.

The JI's role and composition

Pursuant to article 132a(6) of [Bulgaria's Constitution](#), the JI verifies the integrity of magistrates, checks for conflicts of interests and identifies actions that undermine the prestige of the judiciary. Based on such inquiries, the JI may propose the initiation of disciplinary proceedings against magistrates to the SJC. Bulgaria, however, has a track record of using such proceedings to harass magistrates who resist political orders. The [Todorova](#) ECHR judgment, for instance, shed light on how disciplinary proceedings can be weaponized against judges who speak up against political meddling within the judiciary.

The JI is composed of a General Inspector and ten inspectors (Article 132a(1) of the Constitution). The General Inspector manages the JI, controls the work of the inspectors and, more importantly, determines the methodology of the JI. He or she is elected by two-thirds of Parliament for a mandate of five years (Article 132a(2)). The remaining inspectors are elected for four-year mandates by two-thirds of Parliament (Article 132a(3)).

The dependencies of this body quickly become apparent in light of its faulty design. In theory, the required qualified two-third majority in Parliament could act as a guarantee for the inspectors' neutrality or, at least, as equidistance from the various political parties. However – as outlined by the Venice Commission in its [Opinion No. 855/2016](#) – quotas in the JI get distributed among parties in “covert political negotiations” (para 58) in Bulgaria. This will imply that “...at the end of the day, each inspector is to have some political obligations vis-à-vis one or another

party” (para 58), which ultimately undermines their independence. Even more importantly, the simultaneous election of all inspectors ensures that candidacies mirror the prevailing political mood and preferences of the dominant political majority. So, if the inspectors were elected during a period of single-party dominance, they may all be reasonably suspected of political loyalty to that same party. Indeed, if the party in question – such as GERB – has a track record of pursuing policies that undermine the rule of law, this raises further concerns about the true motives behind the inspectors’ election and the potential behind-the-scenes relationships that may have influenced it. Under the given circumstances, the election mechanism of JI members therefore threatens the independence of the institution.

Mandates between constitutional interpretation and political calculation

The current General Inspector, Teodora Tochkova, was [elected](#) in April 2015 during Boyko Borissov’s second government. At this point, his [autocracy](#) had already been solidified as key institutions – including the prosecutor’s office, which plays a central role in Bulgaria’s justice system – had been captured. The ten remaining inspectors were elected in 2016. The terms of all JI members thus came to an end in 2020. These members have, however, de facto remained in office ever since, despite not having been reelected.

The situation at the SJC, which appoints and promotes all magistrates and is responsible for disciplinary proceedings, is similar – the mandate of its members expired in 2022. Nonetheless, new members of the so-called political quota, comprising 11 out of the SJC’s 25 members, have still not been elected by Parliament (on the SJC’s quotas, see [here](#)). That is why the SJC’s members elected for the 2017-2022 term continue to exercise the functions of this institution.

The explanation for the current situation in the JI and the SJC is prosaic and entirely political. In 2020, Bulgaria was marked by [mass protests](#) against the corruption of Borissov’s government and Bulgaria’s General Prosecutor. Since 2021, Bulgaria has been caught in a cycle of [snap elections](#). As Borissov’s GERB

party lost popularity, it secured fewer seats in Parliament. Meanwhile, opposition parties have managed to pass the 4% barrier to enter it. With this changed composition of Parliament, Borissov’s GERB party found itself in a difficult dilemma. On the one hand, it did not want to strike a deal with the new opposition parties and elect JI and SJC members acceptable from the opposition’s perspective as well. On the other hand, it sought to avoid formally acknowledging its close ties to controversial parties like DPS – whose leader, Delyan Peevski, was sanctioned for corruption by the US and the UK Government in [2021](#) and [2023](#) respectively – and elect new members of the JI and the SJC alongside them.

The failure to hold elections for these members is therefore a politically motivated choice. As is often the case in Bulgaria, the Constitutional Court swiftly constructed a constitutional scaffolding to obscure the underlying motive in its [Decision 12](#) of 27 September 2022. The Court was formally petitioned by the Plenum of the Supreme Administrative Court (SAC), asking it to assess, among other matters, whether the JI’s indefinite mandate was compatible with the rule of law, the separation of powers, and the independence of magistrates (Articles 4(1), 8 and 117(2) of the [Constitution](#)). The Constitutional Court’s [key argument](#) in favor of allowing the JI to continue functioning despite the expiration of its members’ mandates was the need to preserve the system of checks and balances embedded in the Constitution:

When no other legal remedy against the obstruction of the work of a constitutionally established state body is envisaged [in legislation], the continuation of the implementation of the functions of this body through its specific personal composition until a new election/appointment ... is a constitutionally permissible means of preventing a factual change in the balance of powers ... [envisaged in the Constitution].

Given that the Constitution is the supreme law of the land (Article 5(1) of the [Constitution](#)) and the Constitutional Court has the final say on its interpretation (Article 149(1), point 1), the current state of indefinite

mandates seems galvanized – at least from the perspective of Bulgarian constitutional law.

Pontius Pilate washing his hands

The CJEU's long-awaited judgment in joined Cases C-313/23, C-316/23, C-332/23 originally stems from three preliminary references concerning proceedings initiated by the JI before the Sofia Regional Court, seeking to lift banking secrecy on the accounts of several judges, public prosecutors and their family members. These proceedings – and the ensuing preliminary references – must be viewed within the broader struggle to expose structural threats to the rule of law in Bulgaria. At least one of the references concerns the case of a judge who is publicly known for refusing to follow political orders. Moreover, the judge who wrote the (identical) texts of the references, Andrey Georgiev, (see [here](#), [here](#), and [here](#)) has a track record of exposing the controversies at the SJC. In 2023, he [petitioned](#) the Supreme Administrative Court (SAC) to declare his own excellent professional evaluation (atestatsiya) by the Judicial College of the SJC null and void based on the expiration of the SJC's mandate. His appeal was [deemed inadmissible](#) due to an alleged lack of legitimate interest – a common excuse the SAC uses to disguise its politically motivated decisions. Essentially, it seems that Georgiev saw an opportunity to expose the structural problems of the JI's and, by analogy, the SJC's problems through the lens of EU Law, and seek alternative means to shield magistrates from arbitrary actions by the JI by relying on the GDPR.

In this context, the CJEU held in this judgment that

... the principle of judicial independence precludes a Member State's practice under which the members of a judicial body of that Member State ... continue to perform their functions ... where the extension of the expired terms of office does not have an express legal basis in national law containing clear and precise rules such as to circumscribe the performance of those functions

and where it is not guaranteed that that extension is, in practice, limited in time (para 139).

To reach this conclusion, the CJEU stressed that Bulgarian legislation does not contain any rule as to whether members of the Inspectorate whose terms of office have expired may continue to perform their functions; nor does it contain rules under which a potential gridlock in the process for the appointment of new members of the Inspectorate can be resolved (para 92).

This formalistic requirement of “an express legal basis in legislation” produces an impasse in the Bulgarian context. Amendments to Bulgaria's Constitution require a qualified majority (Article 155 of the [Constitution](#)). So the same formal deadlock that has obstructed the election of members of the JI and the SJC is also likely to block any constitutional amendment that would provide the required “express legal basis”. Faced with this gridlock, Bulgarian legislators may opt for the path of least resistance by amending the Law on the Judiciary by simple majority. Such amendments, however, could still be subject to challenge before the Constitutional Court.

The CJEU's formalism thus resembles a case of Pontius Pilate washing his hands of responsibility. While the Court reminds us that any extension of mandates must “enable” the members of the body “to act objectively and impartially” (para 94) and that such extensions should be the exception rather than the rule (para 95), it does not see an issue with the way the members of the JI are elected to begin with. But, as explained above, it is this mechanism of election itself that allows for political capture and enables the notorious partiality of the JI.

This part of the judgment is also disappointing in view of the [Opinion](#) of Advocate General Pikamäe, in which he openly discussed the political dependencies of the JI and the risks of misuse of powers. He even referenced the Venice Commission which had argued that the covert political negotiations accompanying the election process often mean that the inspectors owe political obligations to those who elected them (see in paras 42 and subsequent).

It is not about mandates, but what lurks behind them

The politicization of the JI and, respectively, the SJC is a long-standing threat to judicial independence and accountability, which are key facets of the rule of law. It is regrettable that the CJEU relied on an excessively formalistic approach in this case and missed an opportunity to make a difference by addressing the problem at its core – and considering its context. The refusal to tackle the question of the election of JI's members suggests a clear aversion to handling hot "rule of law" potatoes, discouraging the few brave judges trying to expose Bulgaria's rule of law challenges from making politically sensitive preliminary references in the future. Meanwhile, considering that the EU Commission has underestimated the SJC's and the JI's dependencies in its rule of law assessments, including [Bulgaria's CVM](#), the CJEU can be seen as yet another EU institution that prefers to look the other way when confronted with hot "rule of law" potatoes from Bulgaria.

Maria Skóra

Poland's Polarised Presidency

doi: 10.59704/c2d7d069b2014393



The first round of Poland's presidential election has produced an inconclusive but politically charged outcome. Rafał Trzaskowski, candidate of the governing Civic Platform party (PO), received 31,36% of the votes. Karol Nawrocki, his opponent supported by the Law and Justice party (PiS), won 29,54%. With no candidate achieving an absolute majority, the second round will determine who succeeds Andrzej Duda in the Presidential Palace. This election marks yet another critical moment for Poland. In the short term, its outcome will be pivotal for the current government to deliver on its promises concerning the rule of law, the judiciary, and other areas. In the longer term, winning the presidential race is a strategic stepping stone towards consolidating or reclaiming power (the next parliamentary elections are scheduled for 2027).

The President and the rule of law

Under Poland's political system, the president serves as head of state, while the prime minister leads the government. Although executive power is formally shared between them, the president's competencies are limited. Nonetheless, the system of checks and balances gives him the possibility to counteract the parliamentary majority by vetoing legislation or referring bills passed by the parliament to the Constitutional Tribunal for review.

The outgoing president, Andrzej Duda, has played a crucial role in deepening Poland's rule of law crisis. His near-total approval of legislation passed by the PiS-led majority in parliament between 2015 and 2023 allowed for far-reaching changes to the judiciary, prosecutor's office, and multiple other institutions of law. Following the October 2023 parliamentary elections, which led to a change in government and PiS moving into opposition, President Duda quickly became a

primary obstacle to reform efforts, directly opposing Prime Minister Donald Tusk and Minister of Justice Adam Bodnar. Duda embarked on a tactic of sabotaging any remedial measures by referring key bills aimed at restoring the independence of the Constitutional Tribunal and the National Council of Judiciary to the Constitutional Tribunal itself. It quickly became clear that advancing the repair of the rule of law in Poland depends on the outcome of the 2025 presidential election and a shift in the dynamics between the president and the government.

While the presidential campaign revolved mainly around the topics of economic policy, migration, security, and defence, the stakes for democracy and the rule of law are far-reaching. Whoever assumes the presidential office will be directly responsible for repairing the rule of law, overcoming the constitutional crisis, reforming the judiciary, and remedying problems with other pillars of the democratic system, like the media. Yet none of the thirteen initially registered candidates comprehensively covered these topics, instead addressing them selectively. With the exception of Karol Nawrocki, all candidates were critical towards the changes in the judicial system that occurred after 2015. Moreover, candidates from beyond the main governing parties (PiS and PO) stressed the necessity to free the public media from permanent political influence and combat state capture, nepotism, and patronage in state-owned enterprises. Their visions ranged from cooperative presidential leadership to more adversarial, anti-establishment approaches.

Two candidates, two conflicting visions

Ultimately, the presidential race will be decided between Rafał Trzaskowski and Karol Nawrocki. Both candidates warned that their opponent's victory would

bring detrimental consequences: either a continuation of legislative deadlock in case the PiS party succeeds, or complete state capture if the candidate of the governing PO party wins.

There is a visible rift between how both candidates want to approach the rule of law crisis in Poland. Trzaskowski has repeatedly called for urgent action. In a [television interview](#), he expressed his willingness to seek a compromise in line with the Constitution to overcome the stalemate in the judiciary. He was critical of the Constitutional Tribunal in its current setup, for example, calling the [2020 ruling on abortion rights](#) “disgraceful” and [criticising the choice of Bogdan Świączkowski](#), the former State Prosecutor under Justice Minister Zbigniew Ziobro, for the President of the Constitutional Court. Although he expressed [trust in the Supreme Court’s sound judgment](#) regarding the validation of election results, he also supported the “incidental law” responding to the crisis in the Supreme Court caused by the defective appointment of some of its judges. Between 2009 and 2013, Trzaskowski was also an MEP for the European People’s Party, the largest and oldest group in the European Parliament, presenting a clearly pro-European stance. He often expressed [understanding and support for EU actions](#) aimed at curbing rule of law breaches in Poland. In case he wins the presidential office, it is to be expected that he would act in cooperation with the new Justice Minister in his attempts to normalise the status of the so-called “neo-judges”, appointed in a defective procedure.

In contrast, Karol Nawrocki’s campaign presented a very negative view of the state of the judiciary post-2023, challenging both the legality and legitimacy of measures undertaken since the change of government. [At his campaign launch](#), Nawrocki alleged ongoing violations of Article 7 of the Constitution, which enshrines the principle of the rule of law. According to him, “the rule of law must return, because the Polish justice system lies on the ground”. [He considered](#) the rulings of the Constitutional Tribunal and the Supreme Court as legitimate and described the nomination procedure of a new state prosecutor “shocking”, calling for the depoliticisation

of the prosecutor’s office to be constitutionally enshrined. Nawrocki also suggested introducing a mixed election system for appointing members of the National Council of the Judiciary. In a chapter of his manifesto called “[A normal state](#)”, Nawrocki characterised the judicial system as being in a state of “chaos” and called for a non-partisan consensus to restore “fair/just, objective and apolitical courts”. The manifesto also highlighted obstacles to access to justice, calling for improved court performance through stabilisation, digitalisation, and acceleration. Failing to remedy the current malaise of the court system should result in a referendum, resorting to the voice of the people to legitimise his future actions.

The divergence between the two leading candidates on matters of the rule of law, democracy, and other issues, like the status of the public media, could not be more pronounced. Their opposing stances on the legitimacy of judicial institutions are embedded in an intensely polarised political climate. The rule of law in Poland has become a pawn in the political game. Citizens see it through the [lens of partisan identity](#): those supporting the PiS saw reforms as legitimate, while the supporters of the current government demand their reversal. A merit-based debate is sabotaged by attempts to further instrumentalise state institutions for immediate political gains.

Where is Poland headed?

Over the course of a little more than a year and a half, Poland has undergone a rapid electoral cycle – parliamentary, regional, European, and now presidential elections. This sequence has deepened the polarisation between the two main competitors, PO and PiS. While the ideological divide still matters (in terms of policy positions), it is increasingly the affective polarisation (emotions and opinions) that threatens democratic cohesion. Voters are becoming entrenched in [mutually distrustful political camps in which political identity becomes a social identity](#).

A victory for Rafał Trzaskowski, supported by the PO party leading the government, would, with high probability, help launch a full-scale remedial process in the judiciary, to date blocked by Andrzej Duda. A

Trzaskowski presidency would also support broader democratic reforms, such as strengthening the independence of public media, and likely foster constructive relations with both the government and the European Union.

In the event that Karol Nawrocki wins, it is to be expected that the remedial process in the judiciary and associated reforms in other disputed areas would stall. Nawrocki would continue Duda's strategy of vetoing reform bills or referring them to the Constitutional Tribunal. The fierce political conflict would continue to spill over to the systemic fundamentals of the state, prolonging the impasse and constitutional chaos. Nawrocki's Euroscepticism is also likely to become more pronounced if he assumes office, for example, when transposing EU laws into the Polish legal system or accepting and respecting EU decisions regarding the rule of law in Poland.

The first round of the election revealed a noticeable shift to the right in Polish society, not only at the narrative level but also in the [actual results](#) of far-right candidates, such as Sławomir Mentzen (*Konfederacja*) and Grzegorz Braun. They both received relatively high support: 14,81% and 6,34%, respectively. There is an increasing gap in voting preferences along age and gender. While older voters are still caught in the PiS-PO deadlock, young people are growing tired of this duopoly, seeking political alternatives, such as the more radical left or the new right. Moreover, gender-based disparities in political preferences have become more pronounced, with men pivoting towards the far-right and women exhibiting more moderate preferences. Ultimately, neither Trzaskowski nor Nawrocki can be overly confident. The outcome will largely hinge on how more than 30% of voters – those who supported left-wing and anti-establishment far-right candidates – decide to cast their ballots in the second round, as well as on overall turnout levels. For the rule of law in Poland, this election represents a decisive juncture: either a renewed opportunity for its restitution or a further step towards its decline.

This article is based on the outcomes of a comparative analysis of presidential manifestos in Poland by Democracy Reporting International. The research was carried out as part of the re:constitution programme financed by Stiftung Mercator. The full publication is available [here](#).

Emily Ottley

Challenging Safe Access

What Ongoing Anti-Abortion Demonstrations Mean for the Practical Realisation for Safe Access Zones Laws in Great Britain

doi: 10.59704/08a2543cec65ac0f



Safe access zones (SAZ) statutes in Great Britain [create protective areas](#) around premises where abortion services are provided and criminalise specified behaviours within these protective areas. The SAZ laws came into force in [Scotland](#) on 25 September 2024 and in [England and Wales](#) on 31 October 2024. Now, ongoing anti-abortion demonstrations pose challenges to the practical realisation of the new laws. Although some may interpret this as evidence of the inefficacy of the SAZ laws, I will argue that they are able to withstand these challenges and that, in doing so, they represent a satisfactory balance between the rights afforded to anti-abortion demonstrators and pregnant persons seeking access to lawful abortion services under the European Convention on Human Rights (ECHR).

Testing the enforcement of the law

The first (and so far, only) person to be [arrested and charged](#) under the Scottish SAZ law was standing within the SAZ outside the Queen Elizabeth University Hospital (QEUH) in Glasgow in February 2025, holding a sign that read “coercion is a crime, here to talk, only if you want”. Although someone like the accused may believe that she is [merely offering help and support](#), [this is not how many clinic-users would understand her presence within the SAZ](#). This incident occurred in February 2025.

The accused has [refused to accept a warning](#) from the procurator fiscal (the public prosecutor in Scotland), so the outcome of the incident is still pending.

It might be questioned whether violations of SAZ laws indicate that these laws lack the deterrent effect that [they were intended to have](#). However, some

arrests, charges, and convictions do not undermine the deterrent effect of SAZ laws. It is unrealistic to think that criminalising behaviour will eradicate it. Indeed, this is not the standard we hold other laws to – for example, it is accepted that some thefts will still occur even though theft is criminalised. Therefore, a more appropriate measure of success of SAZ laws would be whether anti-abortion demonstrations occurring close to premises providing abortion services have been reduced. Gillian Mackay MSP (who introduced the Scottish SAZ law) has [suggested](#) that such demonstrations in Scotland have indeed been significantly reduced. Additionally, when understood as a tool that allows the relevant authorities to respond to anti-abortion demonstrations that do inevitably occur, some arrests, charges, and convictions show that SAZ laws are working. It does not follow from this that an arrest is always the most appropriate police response; it may be a more pragmatic response, in some circumstances, for police to simply ask anti-abortion demonstrators to move on.

Testing the spacial limits of the law

Anti-abortion demonstrations are also continuing just outside the 200 metre SAZ on the main entry route to the QEUH. They [include a series of so-called vigils](#) as part of the [40 Days for Life campaign](#) (which originated in the US) between March and April 2025. Generally, the presence of anti-abortion demonstrators outside SAZs would not compromise the aims of SAZ laws. This is because SAZ laws are [not intended to prevent all anti-abortion demonstrations](#). Rather, SAZ laws are meant to prevent anti-abortion demonstrators [targeting individuals](#) when they are accessing

abortion services. Accordingly, distancing anti-abortion demonstrators from premises where abortion services are provided may represent the [success](#) of SAZ laws.

However, the case of the QEUH is more problematic because the geographical circumstances of the hospital mean that pregnant persons are still being exposed to anti-abortion demonstrations as they approach the hospital to access abortion services. Moreover, the police are limited in how they can respond because the SAZ law has not been breached. In response, Gillian Mackay MSP has called for the QEUH SAZ to be [extended](#). The Scottish SAZ law makes [provision](#) for a particular SAZ to be extended (unboundedly) where it does not adequately protect clinic users or service providers, as long as it is proportionate to do so. Extending the QEUH SAZ would therefore demonstrate the laudable flexibility of the Scottish SAZ law, rather than signalling its inadequacy. Indeed, Scotland is [one of just a handful of jurisdictions](#) that allows SAZs to be extended or reduced. No equivalent provision exists in the English and Welsh SAZ law, where the size of SAZs is [fixed](#).

Extending [the existing 200 metre SAZ outside QEUH](#) just enough to cover the main approaches to the hospital (including the junction of Hardgate Road and Shieldhall Road) would make it one of the largest SAZs in existence anywhere in the world. Nevertheless, it does not follow that this would amount to a disproportionate interference with the ECHR rights of anti-abortion demonstrators. This is because the SAZ would be doing no more than is strictly necessary to ensure that pregnant persons can access abortion services in conditions of privacy and dignity. Indeed, a [recent decision](#) of the Supreme Court of the United Kingdom (UKSC) suggests that flexibility with regard to the size of SAZs is a relevant factor for determining that a SAZ law achieves a satisfactory balance between the ECHR rights of anti-abortion demonstrators and pregnant persons seeking access to lawful abortion services (paragraph 133).

Testing the temporal limits of the law

Additionally, anti-abortion demonstrators have held demonstrations within SAZs outside abortion clinics in Scotland while they are closed. On Saturday [12 April 2025](#), the Scottish Family Party undertook an anti-abortion demonstration outside the Sandyford Clinic in Glasgow, which was closed at the time. Some members of the public were said to be “[distressed](#)” by the demonstration. This is [not the only example](#) of this tactic being used by anti-abortion demonstrators since the SAZ law came into force in Scotland. However, this incident is particularly significant because it prompted the police to [apparently confirm](#) that SAZs could not be enforced outside of an abortion clinic’s operating hours. This position was [later clarified](#) by Police Scotland, which said that enforcement is always an option – provided the threshold of criminality has been met.

It is less likely that this threshold will have been met when an abortion clinic is closed because anti-abortion demonstrators will be aware that they are unlikely to encounter clinic users or service providers who might be negatively impacted by their actions [in the relevant ways](#). However, [it has been suggested that:](#)

“[T]he legislation could still be enforceable after a clinic is closed but an employee is leaving after working late. Or, if a protester puts up posters outside the centre late at night but they are still there when service users or employees arrive at the clinic the next morning.”

Considering this, a situation in which anti-abortion demonstrators simply gather outside a clinic for a period while it is closed and leave no trace behind seems unlikely to meet the threshold for criminality under the Scottish SAZ law.

Abortion Rights Scotland has [suggested](#) that distress and alarm can still be caused to pregnant persons who see images online of transitory out-of-hours demonstrations occurring in the vicinity of premises they are due to attend to access abortion services. While this may well be true, it might not be sufficient to justify police intervention under the current Scottish SAZ law. This is because the gathering

does not have “continuing effect” within the SAZ itself. For one thing, it is the photograph that has been posted online that persists. This may have been taken and posted by someone other than one of the demonstrators, and this person may not have been within the SAZ at the time. For another, a pregnant person who later visits the relevant abortion clinic may nevertheless have encountered the photograph while she was located somewhere other than within the SAZ.

If a “loophole” allowing transitory out-of-hours anti-abortion demonstrations to occur without sanction does exist, it ought to be given due consideration as part of the first review of the operation and effectiveness of the Scottish SAZ law by Ministers in 2026. Including a requirement for substantive review is a (distinctive) strength of the Scottish SAZ law because it makes it easier for teething problems like this one to be addressed. No equivalent provision exists in the English and Welsh SAZ law.

Given that SAZ laws aim to ensure good access to abortion services, the focus of any review must be on the impact of transitory out-of-hours anti-abortion demonstrations on pregnant persons seeking access to abortion services. This is also important for maintaining the appropriate balance of rights that has been struck by the current law. Indeed, the UKSC *did not find* that there is a right under the ECHR not be shocked or offended by anti-abortion demonstrations. Rather, the relevant right under Article 8 ECHR is *the right to access health care in conditions of privacy and dignity* (see paragraph 115). This would not be engaged by the general public who may unfortunately encounter the demonstrations.

Testing the legitimacy of the law

In a *speech* given to the Munich Security Conference on 14 February 2025, Vice President Vance made several *false claims* about British SAZ laws. Vance also referred to the “backslide away from conscience rights” and the “retreat” of “free speech” in Britain – a sentiment that is *echoed* by anti-abortion groups in Britain. However, any suggestion that British SAZ laws unjustifiably interfere with the rights of anti-abortion

demonstrators to freedom of conscience and freedom of expression under the ECHR is undermined by the UKSC’s *assessment* of the (similar) Northern Irish SAZ law.

Considering the *decision of the UKSC on the compatibility of the Northern Irish SAZ law* with the ECHR, it seems unlikely that British SAZ laws will be challenged in the courts. However, some anti-abortion demonstrators (such as *Isabel Vaughn-Spruce*) now appear to be breaching SAZs to draw attention to the law and in an attempt to challenge the law itself. This represents an interesting shift away from demonstrations, which were initially intended primarily to *affect the abortion decisions of individual pregnant persons* (rather than to oppose abortion law or policy in any effective way).

While opposing SAZ laws is a more legitimate form of protest than challenging the personal health care decisions of pregnant persons, it only makes the location of the protest even more inappropriate. This is because it is Parliament, which has the power to change the law, not premises providing abortion services. Additionally, the decision of the English and Welsh court in *Dulgheriu v London Borough of Ealing* shows that the ECHR rights of pregnant persons seeking access to abortion services would outweigh the ECHR rights of anti-abortion demonstrators even if the demonstrators’ conduct contributed to a debate on a matter of public interest. While the Court of Appeal held that anti-abortion demonstrators make a contribution to the abortion debate (paragraph 92), this was later doubted by the UKSC (paragraph 132).

Interestingly, Vaughn-Spruce is supported by the US campaign group Alliance Defending Freedom which has “*coordinated publicity and funded legal costs*” in relation to several SAZ cases – some of which concerned Public Space Protection Orders (PSPOs)/buffer zones pre-dating the new SAZ law in England and Wales. *One such case* has also attracted *comment from the US government*, which said it was “disappointed” by the conviction of a woman for breaching a PSPO/buffer zone around an abortion clinic in Bournemouth.

Concluding thoughts

As is to be expected when a new law is passed, anti-abortion demonstrators have seemingly set out to test the limits of SAZ laws (especially in Scotland, where the SAZ law is distinctly adaptable). Additionally, anti-abortion demonstrators may be emboldened by interventions from US politicians and campaign groups. However, when the aims of SAZ laws are properly understood and expectations of SAZ laws are managed appropriately, this does not indicate the inefficacy of the new SAZ laws in Great Britain. Rather, it is apparent that SAZ laws (generally) allow the authorities to deal with the significantly reduced number of anti-abortion demonstrations that continue to take place in proximity to premises providing abortion services, without disproportionately interfering with the ECHR rights of anti-abortion demonstrators.

William E. Scheuerman

Trump 2.0 as “Dual State”?

doi: 10.59704/85823b58a096c832



Donald Trump’s radicalized efforts to transform US constitutional democracy into personalized executive-centered rule have again [generated a predictable avalanche of invocations of Carl Schmitt](#), emergency government’s theoretically most daunting defender. Less predictably, recent political commentators in [The Atlantic](#) and [New York Times](#) have turned to one of Schmitt’s contemporary critics, the mid-century socialist jurist and political scientist, Ernst Fraenkel (1898-1975), author of the landmark *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship* (1941). Although never inferring a complete legal redo of 1930s Germany, they claim that Fraenkel’s account of the Nazi “dual state,” in which rule-based *normative* and discretionary *prerogative* legal spheres uneasily coexisted, provides a useful template for making sense of Trump 2.0’s highly selective rendition of legal fidelity.

Their worries are obviously justified: only a few months into his second term, Trump has left his predecessors in the dust when it comes to executive decrees. [Trump has already declared eight national emergencies](#), nearly matching Joe Biden’s eleven during *his entire presidential term*. On Trump’s first day in office, he issued a record-breaking 26 executive orders. [In his first 100 days he easily surpassed Franklin D. Roosevelt’s own imposing record of emergency legislation](#). Roosevelt, of course, faced the genuine existential crises of a worldwide economic depression and World War II. In contrast, Trump’s so-called crises are mostly products of right-wing conspiracy theories, e.g. the so-called invasion posed by undocumented migrants crossing borders, or the [dire threat to American manhood apparently resulting from federal regulations on showerheads aimed at reducing water usage](#).

Why dual state theory?

So why tap Fraenkel’s theory of the dual state? Writing in [The Atlantic](#), [Aziz Huq](#) rightly points out that Trump 2.0 seeks to “cleave off a domain in which the law does not apply,” and that this basically lawless arena “grows by the day.” As if on cue, White House Press Secretary Karoline Leavitt declared on March 17th that federal courts have no jurisdiction over presidential endeavors in foreign affairs. On the Administration’s view, it possesses absolute authority to deny basic legal and constitutional protections to immigrants and foreign students merely because the President designates them terrorists or disagrees with their views on the Israel-Gaza War. Trump has weaponized America’s quasi-royalist presidential pardon, eviscerated internal legal restraints on the executive branch, and quickly remade a quasi-independent system of federal legal enforcement (most prominently, the Justice Department) into a partisan machine tasked with rooting out Trump’s “enemies.” In a recent television interview on NBC’s Meet the Press, [Trump wavered when asked whether all persons on US soil were entitled to basic due process protections](#). Most alarmingly, Trump 2.0 has sidelined and sometimes blatantly ignored inconvenient judicial rulings.

Yet, Huq argues, “the CEOs who paid for and attended Trump’s second inauguration can look forward to the courts being open for the ordinary business of capitalism.” As in Germany prior to 1938 (when Fraenkel was forced to flee Germany and conclude his research), a basically “normative” state, with some identifiably legal elements, continues to hem in commercial affairs, at least when those involved in the relevant transactions do not appear among Trump’s targets.

An incomplete picture?

There is much to be said in favor of using Fraenkel to interpret 2.0. However, I worry that it occludes crucial pieces of the puzzle.

Most immediately, it is unclear that Fraenkel’s framework allows us to capture the *specificities* of Trump 2.0’s emerging legal order. Even if we ignore other possible candidates elsewhere, his is by no means the only US legal regime that might be described in Fraenkel’s terms. Many years ago, the liberal political theorist Judith M. Shklar, a great admirer of *The Dual State*, [suggested](#) it provided a starting point for understanding law within “the United States until the Civil War, and in some ways thereafter” given America’s awful history of racial exclusion and second-class citizenship for African Americans. US presidents, similarly, have long exercised far-reaching discretion over so-called foreign matters, including immigration; in the context of intensified globalization, [this pattern has had terrible consequences for law-based government](#). Shklar also suggested that Apartheid-era South Africa constituted a dual state. Indeed, many and perhaps most semi-authoritarian states can be similarly characterized. So, what then, if anything, might be special about Trump 2.0’s version?

Moreover, the dual state reading of Trump 2.0 downplays how even ordinary business affairs are already subject to discretionary executive action. In fairness, Huq’s article probably went to press before Trump’s roll-out of tariffs on the basis of the National Emergencies Act (1976) and International Economic Emergency Powers Act (1977), statutes outfitting the executive with discretionary power. Predictably, Trump has stretched them to the legal breaking point, [making mincemeat of their normative contours for the sake of exercising freewheeling executive prerogative over a wide range of economic matters](#).

The situation, at any rate, is worse than Huq suggested: Trump is denying not just his so-called political enemies, but also many business owners, a modicum of legal security. Trump’s fickle, on-again off-again trade policy means that for many of them the

“rule of law” obtains only to a limited degree. Yes, business owners still enjoy robust property rights. But the use of those rights is subject to constantly changing executive whims.

Neumann v. Fraenkel

This development brings to mind a surprisingly pertinent exchange between Fraenkel and his friend and former Berlin legal partner, Franz L. Neumann, another neglected mid-century socialist political and legal thinker. Neumann’s *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944* (1944) forcefully responded to Fraenkel by insisting that legality even within ordinary business transactions had long been decimated in Nazi Germany – precisely *because* of the regime’s monopoly-capitalist contours, that is, the ways in which it linked totalitarian political rule to the preservation of privileges for large capitalist enterprises. Like Fraenkel’s dual state account, Neumann’s analysis built not only on Max Weber but also Karl Marx and Karl Renner – leftist theoretical inspirations, by the way, unmentioned by commentators now eagerly applying Fraenkel to Trump 2.0. Unsurprisingly given their common intellectual and political launching pad, Neumann and Fraenkel also agreed about Nazism’s monopoly-capitalist economic credentials.

Yet they disagreed about their legal ramifications. Why? Fraenkel was probably the more orthodox Weberian. Correspondingly, he remained committed to the commonplace view that capitalism required legal predictability and core elements of what Weber had called “rational legality.” To the extent that Nazi Germany rested on a capitalist economic base, Fraenkel believed, crucial normative elements – with the exception of cases involving Nazism’s so-called enemies (e.g., Jews) – would likely remain intact. Neumann, in contrast, pointedly rejected Weber’s view of an elective affinity between capitalism and rational legality, arguing that it no longer obtained under advanced capitalism.

For both Fraenkel and Neumann the rule of law’s linchpin was the generality of the legal norm. However, Neumann energetically insisted that monopoly capitalism undermined the general legal norm’s economic

buttresses. For *immanent* economic reasons every modern capitalist legal order increasingly relied on discretionary, individualized modes of law. Whereas classical capitalism favored general laws to preserve equal competition between and among entrepreneurs roughly equal in size, in a monopolized economy general norms became obsolete. The state increasingly faced not equal competitors but massive individual, more-or-less monopolistic firms. Neumann observed that large capitalists often preferred individual decrees and non-general modes of legal regulation.

Will Neumann's worries come true?

This is not the place to revisit the rich contours of the Fraenkel-Neumann debate: others – including this writer – have done so [elsewhere](#). But it remains striking that even as CEOs who initially celebrated Trump's return to the White House have expressed misgivings about his trade policies, they have not yet jumped ship altogether. Many of them have been lining up to curry favor with Trump to make sure that *their* firms will benefit from the tariffs. It is too early to say, but Trump 2.0 may end up corroborating Neumann's worries about the rule of law's precarious economic bases. Well-positioned businesses may, in fact, succeed in navigating the demise of key aspects of what we have long called the rule of law.

But even if Neumann's predictions prove wrong and the US maintains something akin to Fraenkel's dual state, the news remains bad enough: Trump 2.0 represents an unprecedented attack on the rule of law.

Trump's billionaire allies seem likely to accommodate themselves to the demotion of norm-based legality. Even if they don't care about its demise, the rule of law still provides essential legal and political protections for the rest of us. Whether it survives Trump's onslaught will depend not only how privileged economic players respond, but also on whether ordinary citizens decide it's worth fighting for.

Anja Bossow

Whom Is Citizenship For?

In Defense of a Militant Rule of Law Mechanism

doi: 10.59704/fd7c3586690df4c3



On Thursday, May 15, the US Supreme Court heard oral arguments in what is widely referred to as “the birthright citizenship case.” As some commentators point out, this is somewhat of a misnomer: at stake in this case is not the constitutionality of Trump’s executive order (EO) banning birthright citizenship for certain classes of individuals. Instead, the Court is asked to decide a procedural question: whether lower courts exceeded their authority in placing a nation-wide injunction on the government’s order. Such nation-wide injunctions – of which several have been issued, with the first only three days after the EO was promulgated – have prevented the order from going into effect until a decision on the merits is made.

Make no mistake, the fact that the case turns on a question of procedure, rather than substance, will not make the Court’s decision any less significant. Nation-wide injunctions have proliferated in the last five years, [with over half of the injunctions issued since 1963 being issued against Trump administration policies](#). They have become an increasingly divisive legal tool in what is an increasingly, perhaps even irrevocably, divided constitutional system. I say irrevocably because in the United States the executive and the courts are finding themselves at loggerheads not just about questions of governmental policy, but rather about the fundamentals of the constitutional system – its structure, distribution of power, and underlying ideals – itself. Indeed, it is the latter type of question that is at stake in the “birthright citizenship” case, and it is why labeling it as such may not be a misnomer after all.

A deceptively simple question?

A nation-wide injunction, sometimes also referred to as a universal injunction, is a form of equitable relief that suspends a new governmental policy from going into effect nation-wide to maintain the status quo – and so to avoid irreparable damage to the plaintiff – until the full case can be heard and be decided on the merits. All of the Justices have expressed some degree of misgiving about their recent proliferation and (ab)use at the hands of both conservative and liberal interest groups to halt governmental policies they objected to. Even setting aside their politicized use, it isn’t difficult to understand why nation-wide injunctions are controversial. For one, they empower *district* courts to block the *federal* government from implementing its policies nation-wide. They are thus a legal tool that allows the lower federal judiciary to subvert the executive’s authority to govern effectively. What is more, they do so *without the full case even having been heard*. Instead, by “taking a peek at the merits,” the court decides whether the balance of equities is tilted sufficiently in the plaintiff’s favor to preserve the current status quo until a decision on the merits has been reached. This renders it, in the words of some Justices, a “fast and furious” form of judicial decision-making that runs counter the ordinary emphasis on carefully deliberated decisions on the basis of a fully briefed and litigated set of facts. As Justice Alito grumbled during the oral argument, they also feed off an occupational disease amongst judges (one he himself is arguably heavily afflicted by) to think they are “right” and know what to do, based on snap judgments.

These are all valid concerns. And yet, if the Court were to declare the use of such nation-wide injunctions unconstitutional, or even just significantly narrow their availability, it would strip the lower federal courts of a fundamental and at least moderately successful legal tool to reign in an executive hellbent on dismantling the U.S.' constitutional structure. And it would be particularly pernicious to do so in this case: "a peek at the merits" of the constitutionality of the birthright EO shows that the equities are overwhelmingly in favor of the plaintiffs, not the government. As Justice Sotomayor and Justice Kagan both emphasized, every lower court decision found the birthright EO blatantly and obviously unconstitutional. Perhaps encouragingly, none of the Justices indicated a belief that the government had much of a leg to stand on on the merits. Justice Kagan didn't mince words when she told the AG that "if I were in your shoes, I would not approach the Supreme Court with this case." What is more, the damage – both financial, administrative, and human – of letting it go into effect until a decision on the obvious merits is reached by the Supreme Court would be immense. Leaving the issue to continue to "percolate" through the lower courts, as the Attorney General Sauer suggested, would leave millions in limbo about their citizenship status, and with it, their ability to access social security benefits, health benefits, and so on that require proof of citizenship. As the Attorney General for New Jersey Feigenbaum emphasized, anything less than a nation-wide injunction, e.g. one that only applied to blue states, would create utter administrative chaos; the brunt of which would have to be borne by the states.

Chief Justice Roberts, for his part, seemed convinced these consequences and concerns could be avoided by simply deciding the merits of the case. He insisted that the Court can (and has) moved "expeditiously" in matters that require urgent resolution. This, however, ignores that the government has deliberately chosen *not* to bring the merits question before the court, presumably because they know they would lose. Indeed, absent the government appealing the lower court decisions, it is not clear how the

Supreme Court would be able to hear the case on the merits. It also ignores, *pace* the recent TikTok case, that the Court cannot take up every single case that requires urgent judicial resolution. And cases there are many: the Court's emergency docket is flooded with applications by the Trump administration that ask the Court to overrule exactly the type of injunctive relief that it is asking the Court to declare unconstitutional in this case. These include injunctions barring DOGE's access to sensitive social security data, the termination of temporary protected status for Venezuelan nationals, and the revocation of parole – a temporary right to enter and work in the US – to over 500.000 individuals from Cuba, Haiti, Nicaragua and Venezuela. It shouldn't surprise anyone that injunctive relief has also been pivotal in the on-going Alien Enemies Act litigation.

In light of this, the real question the Supreme Court should ask itself is not whether nation-wide injunctions exceed the proper judicial role, but rather what the judicial role – especially that of lower courts – ought to be in a constitutional system in which the government is intent on not just "pushing the envelope" with respect to executive authority but to remodel it in an *absolutist, king-like fashion*.

Nation-wide injunctions and the rule of law

Justice Jackson made an important point in this regard. As she noted, a key issue with narrowing lower courts' ability to issue nation-wide injunctive relief is that it would create a catch-me-if-you-can justice system, whereby the government gets to keep on doing what is blatantly unconstitutional until everyone who is potentially harmed by it can retain a lawyer and bring a suit. How can this, she rightfully asked, be consistent with the rule of law?

Justice Jackson's appeal to the rule of law matters here for two reasons. First, she highlights a key difference that exists between the common-law system of 18th century England, *which several of her colleagues believe the U.S. equitable system of remedies to be derived from and which did not "contemplate" nation-wide injunctions*, and the contemporary constitutional system of the United States. The difference is that the

former was a system in which there was a King. By contrast, in the U.S. contemporary constitutional order, there is no King, just an executive branch with a President at its head, who is tasked with upholding the Constitution. In this system, she reminds us, courts are empowered to say what the law is, whether the executive's conduct violates the law, and they can, in certain cases, issue injunctive relief to ensure that the lawful status quo is preserved until the court decides on a governmental policy's constitutional merits.

Second, whatever our view of nationwide injunctions in an ordinary state of play – and by this, I mean a not-so-distant past when there was broad agreement on the fundamental nature of the constitutional system – we are not in ordinary times. And when the political and constitutional context changes, our analysis of the desirability of nation-wide injunctive relief should account for this. And changing it is: whether we are in a “constitutional crisis” or [transforming into a dual state](#), the birthright citizenship EO is just one of [countless others](#) that is attacking the fundamentals of the U.S. constitutional order. It is an attempt to undermine a simple, clear, and hard-won rule that established that the government cannot pick and choose who forms part of the American constitutional project. Such a rule is fundamental to how a constitutional system of governance works in general. This is because it ensures that the relationship between the individual and the government whose jurisdiction they are born into is one structured by legal rights and corresponding duties. This legalistic relationship is meant to secure the individual's status as free and equal, whatever their natural inequalities and/or the governing majority's views as to the desirability of their addition to the polity. It thereby presents a minimal safeguard against the emergence of a hierarchical, caste-based society from the get-go. But it bears repeating that such a rule is, of course, of particular constitutional significance in the U.S. because it rectified the foundational injustice of slavery that the Court itself had sought to legally entrench in the infamous *Dredd Scott v. Sandford* decision.

A militant rule of law mechanism?

In a moment like this – when the government attacks a, if not THE, key rule that both codifies and exemplifies (some minimal) adherence to America's experiment with a multi-racial democracy – the power of courts to declare nation-wide injunctions amounts to a form of militant rule of law mechanism. In a moment of constitutional decay, such injunctive relief appears to be a distant cousin of party bans, democracy's controversial tool of self-defense that has many supporters in Europe following the continent's experience with fascism: both arrogate to the judiciary the power to respond to an anti-constitutional actor, both are difficult to defend constitutionally in ordinary times for they seem to expand the judicial role beyond its proper purview.

Contrary to party bans, however, nation-wide injunctions do not suffer from the same democratic concerns. For when courts issue an injunction, all they are doing is suspending the effect of what is a quite evidently unconstitutional action until the merits of the case have been decided upon. Of course, this still fundamentally pits judicial authority against the executive's authority. But this may not be innately objectionable: part of what any constitutional system does is try to identify an appropriate balance of power between the different branches. And when one of the branches significantly seeks to tilt this balance in their favour, perhaps the other branches are not just in their right but in fact required to push back.

None of this seeks to deny that nation-wide injunctions are a complicated, even dangerous power to grant courts – one that may be incompatible with their constitutional competency in ordinary times. But it is a power that becomes more justifiable, even perhaps necessary, in a system where the courts are facing an anti-constitutional executive as is arguably now the case. Their justifiability, however, says nothing about the effectiveness of their use in stymying the process of constitutional decline. Quite to the contrary, the proliferation of their use is likely to contribute to the further decay of the integrity of the constitutional system. In this regard, they may share

another feature with party bans: it is a tool that is most likely to be used when it may already be too late.

Juha Tuovinen

The Meta Oversight Board in the Trump Era

A Subtle Shift with Far-Reaching Consequences?

doi: 10.59704/b0f5cab0ed937126



In late April 2025, the Meta Oversight Board (“Board”) published its first six decisions since Meta implemented sweeping changes to its content moderation policy. While these decisions prompted [concern](#) among many over ongoing inconsistencies in its approach to freedom of expression, some also welcomed the Board’s critical stance on certain recent changes (see [here](#) and [here](#)).

In this post, I argue that the Board appears to be shifting towards a more permissive stance on harmful or discriminatory expression. If this trend continues, it could significantly reshape the boundaries of acceptable speech on Meta’s platforms – with far-reaching implications for online public discourse. This also raises broader questions about the Board’s independence and legitimacy at a time when content governance is becoming increasingly politicised.

The Board and the January announcement

The Board is intended to be an independent body that “examine[s] whether Meta’s [original content moderation] decision was in line with its policies, values and human rights commitments”. In order to do this, the Board decides cases that (usually) have been appealed to it by users of Meta’s platforms (Facebook, Instagram, Threads). Regardless of whether the Board actually improves content moderation or merely serves as a window dressing, its interpretation of the content moderation rules significantly shapes the kind of expression that Meta’s approximately two billion users can post and are exposed to.

Following Donald Trump’s election as President of the United States, Meta CEO Mark Zuckerberg

announced far-reaching changes to the way content moderation would function on Meta’s social media platforms. The details of these propositions have been analysed [extensively](#). The general tenor was to be more permissive of expression, referring to undoing censorship and alleged liberal bias in the company’s content moderation practices. The Board’s initial reaction was relatively mild, stating that it “[looked forward to working with Meta](#)” on these issues. The six decisions in late April struck a more critical tone, expressing the Board’s dissatisfaction with the speed at which the changes were implemented without undertaking a human rights compliance assessment.

However, in two controversial cases, the Board held that problematic posts could remain online. *The Apartheid Flag* case involved two posts that used South Africa’s pre-democratic flag in a positive light – once in reference to military service, once as part of a collage of photographs from the era – though not in a way that explicitly endorsed Apartheid outright. The case concerning the [Gender Identity Debate](#) Videos involved two posts as well. The first showed an identifiable transgender woman using a women’s bathroom and was captioned: “Male student who thinks he’s a girl”. The second video showed a transgender girl winning a race, named the athlete, and stated: “Boy who thinks he’s a girl”.

Tightening the standard for removing posts

How did the Board reach its conclusion that these posts were permissible? The Board bases its decisions on two different types of normative sources. First, Meta’s own [Community Standards](#), which provide a

rationale for why certain content is banned, including examples of prohibited content and exceptions. Second, international law is applied as another set of norms, although the Board has repeatedly held that international law, as applied to private entities, does not have to mirror the same standards that apply to states. In this post, I will focus on how the Board conceives the link between the expression in question and the potential harm it may cause – an issue central to interpreting both the relevant Community Standards and international law.

In both cases, the Board was split on whether the posts amounted to hateful conduct and/or violated international law. Regarding the flag posts, the majority of the Board stated that “[w]hile the flag is invoked positively in this post, that context is specific to military service and there is no sufficiently clear statement [...] that apartheid [...] should be reinstituted.” Regarding the collage, the Board found that “[the pictures] feasibly evoke general nostalgia for the period they depict” and that “[positive statements and emojis], [...] are indicators of a racist message [...]”. Nevertheless, racially insensitive messaging is not prohibited, and the post did not “rise to the level of advocacy for the reinstitution of apartheid [...]”.

In both videos involving transgender individuals, the Board also concluded that the posts did not violate the hateful conduct standard. Although each post referred to the biological sex of the individuals and asserted that they “think” they are the opposite sex, the Board held that “it does not amount, even by inference, to a statement that transgender people or identities do not exist.”

Both decisions reflect a high threshold for defining hateful conduct – perhaps influenced by Meta’s policy shift toward greater protection of expression (even though there were minority opinions in each case). Where this high threshold should not play a role, however, is in the Board’s application of international law. Yet here, too, the Board appears increasingly protective of expression.

When assessing the proportionality of permitting the Apartheid flag, the majority noted South Africa’s “relatively stable representative democracy since the

end of Apartheid and its robust legal framework for protecting human rights,” as well as the absence of any “clear intent to advocate for future acts of discrimination or violence.” They stressed that “[e]ven if considered to be ‘deeply offensive,’ this does not convert them to incitement [...]”.

Similarly, in the Transgender Videos decisions, the majority underscored the lack of any explicit call to discrimination and emphasized the importance of public debate in a democratic society. As with the hateful conduct threshold, the Board appears to demand a very close connection between the expression at issue and any potential harm that could justify its removal.

A shift from a more protective approach?

The reasoning in both cases stands in stark contrast to some of the Board’s earlier decisions, in which it highlighted that the cumulative effect of harmful stereotyping can, over time, foster an environment in which discrimination and violence are more likely.

For example, in [Depiction of Zwarte Piet](#) (2021), the Board reviewed a video showing a family with their faces painted black, following a Dutch tradition. Facebook had removed the post under its Community Standards, which prohibit caricatures of Black people. While the tradition might be practiced by some Dutch people without apparent racist intent, the Board concluded that the portrayal was discriminatory and reinforced harmful stereotypes. It justified the restriction by arguing that the accumulation of such harmful stereotypes could create an environment conducive to discrimination or violence.

Similarly, in [South African Slurs](#) (2021), the Board examined a case involving a presumably Black South African user who used racial slurs to criticize other Black South Africans for subjugating themselves to white South Africans. Although the post addressed important social and economic issues, the Board ruled that it must be taken down, as the use of racial slurs is “closely linked with discrimination and the history of apartheid in South Africa.”

Contrasting these earlier decisions with the more recent ones, the Board’s emphasis appears to have

shifted. If the use of blackface in a private context is impermissible, it is difficult to understand how general nostalgia for Apartheid or calling transgender individuals delusional could be deemed acceptable. It also appears contradictory – and indeed, rather ironic – that a white South African is permitted to express positive sentiments about Apartheid, while a black South African is not allowed to use forceful language to criticize the very system that oppressed them.

At the same time, while this shift may seem stark, we must be careful not to overinterpret it. Drawing conclusions from cases involving different forms of expression in different contexts can be challenging – visual communication can differ fundamentally from written language, for example. The real issue may lie in the ad hoc nature of the Board's balancing tests rather than in a shift in its overall philosophy. Also, both of these recent decisions were split, with dissenting members advocating for removal (often citing the Board's own prior decisions). Likewise, many earlier decisions featured dissents calling for stronger protection for expression. To some extent, the apparent shift may therefore reflect changes in the Board's composition rather than a fundamental alteration of its principles.

Conclusion

This post has argued that the Board may be rethinking how it weighs the relationship between social media expression and the potential harm it may cause. Such a change could have significant implications for the billions of users across Meta's social platforms, both on- and offline. What is particularly concerning is that this trend appears to protect the expressions of those who use vague or humorous forms of language to spread hateful messages. With the Board's approval, it becomes more difficult to regulate against these ambiguous forms of hate speech.

Beyond the immediate question of permissible content, these decisions also raise broader concerns about the Board's independence. If its reasoning increasingly aligns with Meta's prevailing interests, its legitimacy as an external check on corporate power may be seriously undermined.

Austin Sarat

A Blow to Our Constitutional System

doi: 10.59704/66ca483d6642ac1d



Supreme Court decisions about so-called independent regulatory agencies such as the Federal Communications Commission and the Federal Trade Commission are seldom barn burners. They are generally too technical and filled with arcane jargon to hold the attention of anybody but the most dedicated court watchers.

So it was not surprising that when the court [issued a preliminary order](#) on Thursday upholding the president's decision to fire members of the National Labor Relations Board and the Merit Systems Protection Board, the nation hardly stirred. But, make no mistake, it was not just another under-the-radar decision.

What a six-judge majority of the court did sets the stage for [overturning a 90-year-old precedent](#), dramatically expanding presidential power, and rewarding President Donald Trump for assuming authority that, until now, he did not have. Because the court has not yet made a final decision on the merits, one can only hope that it will change direction after it has given the matter fuller consideration.

Before saying more about what the court did last week, let me explain why the "independence" of the agencies the president claims the right to control is so significant.

"The term 'independent regulatory agency' is," [according to the Regulation Writers Library](#), "used to refer to Federal agencies that have been established by Congress to have a certain amount of independence from the President." They include "multi-member boards and commissions." And although the president "appoints the members, he usually may not choose more than a bare majority from his own party."

Congress charges them, according to the library, "to regulate specific areas of the economy, ensuring

fair practices and upholding standards that affect the public welfare. They are established to operate free from political influence, allowing them to make decisions based on expertise and public interest rather than political pressures."

Their independence helps "maintain objectivity and fairness in regulating industries like communications, finance, and consumer products."

Here is where the rubber meets the road in the dispute that went to the Supreme Court. "Although the President typically may select the chairperson, he may not seek to remove members without 'cause.'"

Congress [created](#) the first independent regulatory agency in 1887, the Interstate Commerce Commission, "as a result of mounting public indignation in the 1880s against railroad malpractices and abuses."

Since then, as law professor Susan E. Dudley [argues](#), "the number of regulatory agencies and the scope and reach of the regulations they issue have increased significantly." That was especially true during the 1930s, when President Franklin Delano Roosevelt presided over the creation of many of those agencies.

Their number and jurisdiction have grown because neither economic markets nor private enterprises can adequately police themselves and ensure that the public is well protected. Independent regulatory agencies have grown because public officials once believed that the government has an important role to play in protecting and advancing the public interest and that disinterested experts would serve the public well.

Seems quaint, doesn't it?

Of course, criticism of independent regulatory agencies antedates the Trump administration. Some critics [bemoan](#) what they call "regulatory capture" of

agencies by the entities they are supposed to regulate. Others [worry](#) about a “fourth branch of government” operating with too little oversight and without constitutional sanction.

Justice Neil M. Gorsuch, who joined Thursday’s decision, recently [published](#) a book expressing his concern about regulations issuing from the “fourth branch” that he thinks are crushing American freedom.

Soon after the start of Trump’s second term, his administration set its sights on bringing the independent regulatory agencies to heel. On Feb. 18, the president [issued](#) an executive order directing that “independent regulatory agency chairmen ... regularly consult with and coordinate policies and priorities with the directors of OMB, the White House Domestic Policy Council, and the White House National Economic Council.”

The order suggested that such consultation would ensure “accountability to the President, and through him, to the American people.” But even before issuing the executive order, he had flexed his muscle by [firing NLRB chair Gwynne Wilcox](#), “the first Black woman to ever serve on the board in its 90-year history,” and Cathy A. Harris of the Merit Systems Protection Board.

He did so knowing that long-established Supreme Court precedents forbade it.

Wilcox and Harris sued and prevailed in federal district courts. As [U.S. District Judge Beryl A. Howell of the District of Columbia explained](#) in the Wilcox case, “The President’s interpretation of the scope of his constitutional power – or, more aptly, his *aspiration* – is flat wrong.”

Howell called what Trump did “a blatant violation of the law.”

On May 22, the Supreme Court, acting on an emergency petition from the administration and without full briefing or oral argument, stepped in. In an unsigned order, the court hacked away at its own well-established precedents and embraced the president’s expansive and dangerous vision of his own authority.

The court observed that when the case is considered on the merits, “the government is likely to show that both the NLRB and MSPB exercise considerable

executive power.” It added, “because the constitution vests the executive power in the president..., he may remove without cause executive officials who exercise that power on his behalf, subject to narrow exceptions....”

In a startling show of where its sympathies lie, the court said, its decision “reflects our judgment that the government faces greater risk of harm from an order allowing a removed officer to continue exercising the executive power than a wrongfully removed officer faces from being unable to perform her statutory duty.”

Justices Elena Kagan, Sonia Sotomayor, and Ketanji Brown Jackson issued a stinging dissent, pointing out that the decision was a radical departure from a line of cases that “undergird ... a significant feature of American governance: bipartisan administrative bodies carrying out expertise-based functions with a measure of independence from presidential control.” Those cases make it clear that “Congress has authority in creating such ‘quasi-legislative or quasi-judicial’ bodies to ‘forbid their [members]’ removal except for cause.”

The dissenting justices minced no words, saying that the president seemed determined “to take the law into his own hands” and wanted to overrule a judicial decision “by fiat.”

They pointed out that in a constitutional republic, “the President must likewise follow existing precedent, however strong he thinks the arguments against it – unless and until he convinces us to reject what we have previously held.”

The dissenters rightly concluded that the court’s decision “has foretold a massive change in the law” and that the court seemed eager “to *now* hand the president the most unitary, meaning also the most subservient administration since Herbert Hoover (and maybe ever).”

It is no wonder that the White House [was quick to call the ruling](#) “a major win” and use the occasion to denigrate “unelected bureaucrats” and “rogue judges.”

The president might count what the court did as a “major win,” but it is not a win for people who believe that expertise, bipartisanship, and sound policymaking

are essential to this country's well-being. If it is finalized, this decision will turn back the clock to a time when American government was run as a “spoils system,” with its attendant incompetence and corruption.

And in the hands of a would-be autocrat, the SCOTUS decision has delivered a serious blow to the constitutional system.

This text initially appeared on [The Contrarian](#).

Blake Emerson

Undoing the American Rechtsstaat

What U.S. Law Is (Not) Prepared For

doi: 10.59704/52579f0bd484aa75



Donald Trump's return to the forefront of U.S. politics brings an urgent constitutional question back into focus: Can the American administrative state survive another presidency driven by executive absolutism? Recent developments before the Supreme Court, especially in [Trump v. U. S.](#), suggest that long-standing norms and legal safeguards are under siege.

This post explores how a second Trump term might exploit structural vulnerabilities in U.S. public law, with consequences that extend far beyond American borders.

From progressive democracy to plebiscitary presidentialism

The American administrative state that has developed since the Founding has historically been authorized and constrained by multiple constitutional actors and principles. While the Constitution assigns to the President "the executive power", the legal norms and processes the President must implement are set by Congress. The Legislature has imposed constraints on how officials administer the law since it created the first executive "departments" in 1789. Civil service laws and restrictions on presidential removal of department heads date back to the late nineteenth century. These laws separate the administrative agencies from presidential will. Judicial control of administrative action has also afforded private parties, as well as some officials, the right to challenge unlawful and arbitrary governmental actions.

The Progressive Era of the late-nineteenth and early-twentieth century also saw the emergence of robustly [democratic conceptions of administration](#). American Progressives like John Dewey were influenced by Hegelian conceptions of the state. Like Hegel

and other theorists in his tradition, like Lorenz von Stein and Rudolf von Gneist, these Progressives wanted to recreate a state that would promote individual freedom by providing social and material support. But, unlike Hegel, they sought to democratize the state through public participation in administrative action. This vision could be seen at work in various programs during the New Deal as well as in the administration of civil rights laws during the 1960s.

Today, we are seeing the materialization of a very different vision of the American administrative state. Some have linked it to Carl Schmitt and his vision of the President as a "guardian of the Constitution," unbound by law, subservient only to some nebulous vision of popular legitimacy, and committed to the creation and destruction of enemies, foreign as well as domestic. There are indeed resonances between Schmittian conceptions of the Executive and the Trump Administration, and one can certainly trace the intellectual links among right-wing European and right-wing American thought. However, American problems are distinctive and are the product of long running tendencies within our own constitutional tradition. Authoritarian tendencies within our legal culture have only intensified as reactionary political forces have come into ascendancy in American law and government.

The legal architecture under attack

There are two foundational aspects of administrative law worth focusing on. First, there are numerous statutes that protect administrative officials within the executive branch against political control or removal. These restrictions cover some high-ranking officials, such as the heads of "independent commissions" like

the Federal Trade Commission, the Securities and Exchange Commission, and the Federal Reserve, which is our central bank. They also cover civil servants, who are lower-ranking employees within administrative agencies. There are over two million civilian employees in the executive branch. Trump has fired [over 58,000](#) so far.

Second, there is the Administrative Procedure Act of 1946 (APA). Passed in the wake of Franklin Roosevelt's New Deal, the Act codifies the steps agencies must generally go through before they issue binding regulations or adjudicate the rights of private parties. This includes the "notice-and-comment" procedure for issuing regulations, where anyone who wants can comment on proposed regulations before they are finalized. The APA also provides for judicial review of executive branch action by affected parties. At its core, the Administrative Procedure Act protects what we call due process, or German readers might call the ideal of the *Rechtsstaat*, ensuring compliance with legal rules, impartiality, fairness, and rationality in administrative decision-making. At the same time, the APA gives agencies wide latitude to make policy within the broad bounds set by statutory law.

The Supreme Court and the entrenchment of the unitary executive

The Supreme Court has lately been advancing a "unitary theory of the executive" that undermines these foundational administrative-law frameworks. The theory strengthens the Trump Administration's hand as it uproots the established legal structures and processes of the Executive Branch.

Remember that the Constitution gives the President the "executive power." Proponents of the unitary executive interpret this to mean that the President must have absolute control over the executive branch. That means he must be able to fire any official who exercises significant executive power. The Court has [deployed](#) this rule to invalidate legislative restrictions on the heads of independent agencies. Even more troublingly, in [Trump v. U.S.](#), the Court relied on this theory to conclude that the President could not be criminally prosecuted for crimes committed in the

exercise of his core constitutional responsibilities. The Court reasoned that, because the President must have complete control of executive officers, he cannot be indicted for crimes related to that control. For instance, conversations with the attorney general, even if otherwise criminal, cannot be prosecuted. This has rendered the prosecution of President Trump for unlawful interference in the 2016 election extremely difficult, if not impossible.

Trump has relied on this unitary theory throughout his actions to exert control over the executive branch, to destroy the independence of government agencies, and in some cases to destroy the agencies themselves, and to use the executive power to go after his political opponents. For instance, he has fired [inspectors general](#), who police fraud and abuse of power within the executive branch, without providing reasons to Congress, as required by law. He has fired the heads of independent agencies, like the [Merit Systems Protection Board](#), which protects the independence of the civil service, and the [National Labor Relations Board](#), which administers the fundamental right to collective bargaining. To date, some of these actions have been successfully challenged in the courts, though the outcome [remains uncertain](#).

The Supreme Court will almost certainly weigh in. Given its enthusiasm for the unitary executive, the Court may approve some or all of its actions. Or, perhaps, it may realize the constitutional risks of the present moment, and decide not to throw gasoline on the fire.

The strengths and weaknesses of administrative law

The Administrative Procedure Act, by contrast, has been one of the primary means by which civil servants and others have challenged Trump's actions. The APA does not, as interpreted by the courts, allow for direct review of the President's actions. But it does allow suits against officials and agencies directed by the President. While the courts have found many of Trump's actions unlawful, the remedies have not usually been particularly effective. The APA is primarily geared towards remedying discrete unlawful acts by executive branch officers where they burden people

outside the government. These actions can be annulled, or “set aside,” if they are “arbitrary,” “capricious,” procedurally defective, or otherwise contrary to law or the Constitution. This cause of action has been successful in preventing some attempts to cut off federal research grants. For instance, a federal court in Massachusetts permanently enjoined certain limits on National Institutes of Health grants to universities as arbitrary and capricious.¹

Harvard University and others are also relying on the APA to challenge Trump’s termination of federal funds. The Trump Administration claims that they are terminating funds because Harvard and other universities are discriminating against Jewish students. Apart from the merits of that assertion, the Trump Administration has not complied with the procedures required before funds may be cut off, which are set out in the Civil Rights Act of 1964 as well as the APA.

In other cases, however, the APA and other statutory regimes have not prevented extraordinary damage to or even destruction of administrative agencies or mass firings of civil servants. For instance, while courts have held that various actions to dismantle the United States Agency for International Development (USAID) were or may have been unlawful, the remedies have not been sufficient to protect the agency. USAID was created by Congress and cannot be eliminated without congressional action. Though courts have ordered that congressionally appropriated funds be disbursed, they have allowed actions to dismiss or to place on administrative leave thousands of employees.² Challenges to Elon Musk’s role in the process have also largely not been successful.

Another case is that of the Consumer Financial Protection Bureau, which regulates banks and other financial service providers. The Trump Administration has attempted to shut down the agency entirely, despite the fact that it is established by Congress. A district court has ordered that its legally mandatory operations remain ongoing, while allowing the Trump

Administration to take an axe to its core regulation functions.³ But even that modest order has been stayed pending appeal.

All in all, it is clear that the APA and administrative law are not well positioned to deal with a systemic assault by the President on the rule of law. There is a lot of discretion baked into administrative agencies’ mandates, and into the civil service laws, that the Trump Administration can and will exploit. It is therefore likely that the Supreme Court will allow many of the Trump Administrative actions to proceed.

Even in cases where the courts conclude that the government has acted unlawfully, it is not clear that they have the right sorts of tools to fix the problem. Courts are reticent to second-guess decisions regarding discretionary spending or to bypass the administrative process to review adverse employment actions. Moreover, it is hard to compel an intransigent executive, with little regard for law and process, to comply with the spirit as well as the letter of judicial orders, at least without any assistance from Congress.

The courts are, at the same time, placing some roadblocks on some of Trump’s most shocking assaults on the rule of law, including removing people from the country and imprisoning them abroad without a hearing. These actions clearly contravene the constitutional requirement of due process. The Supreme Court has [ordered](#) the government to facilitate the return of some people wrongfully deported, and [ordered](#) the government not to deport others without trial. It is clear that a majority of Justices are duly alarmed by some of the Trump Administration’s most aggressive immigration-related actions.

There is also some hope that recent changes to administrative law will reduce the Trump Administration’s room to maneuver. The Court has recently [overruled](#) a longstanding precedent, *Chevron*, which requires courts to defer to executive branch interpretations of law, so long as they are reasonable. Now, the courts are instructed not to defer to administrative

¹ *Massachusetts v. Nat’l Institutes of Health*, No. 25-CV-10338, 2025 WL 702163, at *2 (D. Mass. Mar. 5, 2025).

² E.g., *Aids Vaccine Advoc. Coal. v. United States Dep’t of State*, No. CV 25-00400 (AHA), 2025 WL 752378 (D.D.C. Mar. 10, 2025); *Am. Foreign Serv. Ass’n v. Trump*, No. 1:25-CV-352 (CJN), 2025 WL 573762 (D.D.C. Feb. 21, 2025.)

³ *Nat’l Treasury Emps. Union v. Vought*, No. CV 25-0381 (ABJ), 2025 WL 942772 (D.D.C. Mar. 28, 2025).

bodies in interpreting the law. The Court has also held that the executive branch cannot take actions of “vast economic and political significance” without explicit statutory authority. This “[major questions doctrine](#)” may prove useful in challenging some of Trump’s actions, such as his onerous tariffs on foreign goods. The statute he is relying on does not mention tariffs at all. The State of California has therefore [sued](#), and they have a strong case. There is nonetheless some risk that the Court will conclude that the President has inherent power over foreign affairs that is not strictly limited by statute.

Rechtsstaatlichkeit as transatlantic memory

In this dangerous moment in U.S. public law, I think back on my own prior experience with German commitments to *Rechtsstaatlichkeit*, human dignity, and the social state. I had the opportunity during my doctoral research to study at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg. I was struck then by the strength of German constitutional culture and the deep connections that exist between our legal communities and concerns. It has therefore been quite disheartening to see the Trump Administration’s efforts to back away from our commitments to the Atlantic Alliance, and to interfere in German domestic politics in favor of far-right political parties. In the years that come, we may need to learn, again, from you about how to build a militant democracy, and reinforce commitments to democratic rule and individual dignity, in the wake of authoritarianism.

This blog post is based on a lecture delivered at the University of Münster Law Faculty.

Jannis Lennartz

Fasten für den Überfluss?

Die Abundance-Agenda in den Vereinigten Staaten

doi: 10.59704/a5239deb9918f279



In den Vereinigten Staaten haben die Journalisten Ezra Klein (*New York Times*) und Derek Thompson (*The Atlantic*) nach jahrelangen publizistischen Vorarbeiten mit ihrem Buch „*Abundance*“ eine Kritik des gegenwärtigen amerikanischen Verwaltungsstaats mit einem Aufruf für einen Spurwechsel linker Politik verbunden. Während Elon Musks Department of Government Efficiency (DOGE) am Rückbau der Bundesverwaltung arbeitet, wollen die beiden Journalisten sie neu aufstellen. Sie werben dafür, linke Politik, konkret der Demokratischen Partei, auf den titelgebenden Überfluss auszurichten: mehr Wohnen, mehr Energie, mehr öffentliche Forschung. Statt auf Kultur- oder Verteilungsfragen legen sie einen Schwerpunkt auf das Versprechen eines materiell besseren Lebens durch Technik. Eigentlich ein altes linkes Ideal: Das Mittel ist wie damals ein Staat, der viel schafft. Die beste Kurzfassung des Programms ist die Überschrift eines *New York Times*-[Artikels](#) von Klein aus dem Jahr 2022, mit dem auch das Buch endet: *A Liberalism That Builds*. Schon weil wir in der Bundesrepublik ähnliche Probleme, aber keine vergleichbare Methodenkritik haben, lohnt ein Blick nach Übersee.

Bürokratiekritik von links

Der amerikanischen Gegenwart diagnostizieren Klein und Thompson eine Knappheit bei essenziellen Gütern der Daseinsvorsorge, beispielgesättigt und mit zahlreichen Nachweisen. Während Konsumgüter billig seien, fehle es an den wichtigen Dingen: „*We have a startling abundance of the foods that fill a house and a shortage of what's needed to build a good life*“. Es gebe zu wenig bezahlbaren Wohnraum, es fehle an öffentlicher Verkehrsinfrastruktur, die Wissenschaft (und damit Fortschritt für alle) leide an der Drittmittelbürokratie.

Dieser Zustand steht in einem offenkundigen Missverhältnis zum unbestreitbaren technischen Fortschritt: Während das meiste immer leichter und schneller geht, scheint der Staat heute schwergängiger als früher. Woran liegt das?

Den Grund sehen die Autoren in einer Überregulierung, welche den Staat daran hindert, die genannten Güter bereitzustellen. Thompson und Klein kleiden ihr Buch zwar am Anfang und Ende mit dem Versprechen von materieller Fülle – eben der titelgebenden *Abundance* – hoffnungsvoll ein, den Inhalt des Buches bestimmt die detaillierte Beschreibung von Missständen, die durch schlechte Regelsetzung und Verwaltung entstehen. Das Buch ist damit das Centerpiece eines Projekts, für das nicht nur die Autoren, sondern eine Gruppe aus linksliberalen Wissenschaftlern, Journalisten und Politikern steht. Thompson und Klein formulieren mit dem Versprechen von Abundance ein positives Etikett für deren hartes Programm der Selbstkritik: Viele Probleme der amerikanischen Gegenwart hätten ihren Grund in einer unreflektierten Überregulierung, mit der linke Politik ihre eigenen Politikziele hindere.

In das gleiche Horn stößt Marc J. Dunkelman (Universität Brown) mit seinem ebenfalls 2025 erschienenen Buch „*Why Nothing Works*“. Darin beschreibt er die Kosten eines seit den 70er-Jahren übermäßig ausgebauten Systems aus Verfahrensrechten, Klagemöglichkeiten und Verhinderungsregulierung, vor allem zum Umweltschutz. Ähnlich Nicholas Bagley (Universität Michigan), der schon 2019 mit seinem einflussreichen Aufsatz „*The Procedure Fetish*“ die Verfahrensfixierung des amerikanischen Verwaltungsrechts kritisierte. Es ist die Kritik der Schattenseiten einer Linken, die sich ab den 70er-Jahren vor allem um individuelle Rechte statt materiellen Forts-

chritt gekümmert hat. Drittschutz gegen Bauprojekte sind ein Beispiel dafür, dass beides in Widerspruch geraten kann: Der auf beiden Seiten des Atlantiks mühsame Ausbau erneuerbarer Energien ist das bekannteste Beispiel, bei dem ungewohnte Zielkonflikte entstehen.

Klein und Thompson identifizieren ein Set aus Politiken, die legitime Reaktionen auf die Probleme des New Deals gewesen seien: Wachstum um jeden Preis, Autofixierung, Umweltverschmutzung, dazu wenig Möglichkeiten des Einzelnen, sich gegen die Verwaltung zu wehren. Diese Gegenbewegung erzeuge nun aber selbst Probleme. Das Planungsrecht und die Umweltgesetze der 70er Jahre, konkret die Umweltverträglichkeitsprüfung, seien ein mächtiges Instrument geworden, um Infrastrukturvorhaben zu erschweren. Ein zentrales Beispiel der Autoren ist das jahrzehntelange Scheitern Kaliforniens, einen Schnellzug zwischen L.A. und San Francisco zu errichten. Im Morast der Regeln, der öffentlichen Pflichten und privaten Rechten war kein Durchkommen. Und linksliberale Politik lege immer weitere Regel-Schichten über Vorhaben: In den letzten Jahren sei der Mitteleinsatz nicht nur durch die überkommenen Regularien erschwert worden, sondern auch durch ein aufgesatteltes identitätspolitisches Pflichtenheft – etwa identitätspolitische Quoten für Bau- oder asiatische Chip-Unternehmen. Hinzu komme die Vorstellung, dass Ziele schon durch die Verausgabung von Mitteln erreicht würden, ohne die Zielerreichung angemessen zu überprüfen.

Diese Kritik des Verwaltungsstaats ist nah an der von rechts. Die *Abundance*-Bewegung ist eine linke Ausprägung einer parteiübergreifenden Unzufriedenheit mit der amerikanischen Verwaltung, die auch die politische Rechte umtreibt: Elon Musks *DOGE* ist der Versuch von rechts und mit rabiateren Mitteln, Bürokratie einzudämmen und abzubauen. Zugleich ist der beklagte Regelzuwachs Produkt einer „neoliberalen“ Prägung, die beide großen politischen Lager prägte: Bei *Steve Teles* wird deutlich, dass minoritäre Entscheidungsstrukturen oft das Ergebnis linksliberaler Politik sind. Es ist kein Zufall, dass postliberale Theorien regelmäßig keinen Unterschied zwischen

Demokraten und Republikanern machen, stattdessen beide zur „*Uniparty*“ fusionieren und ihnen eine Politik gegenüberstellen, die sich auf das Gemeinwohl statt auf individuelle Rechte bezieht.

Die letzten Jahrzehnte brachten eben nicht nur Shareholder-Value, sondern auch Umweltschutz und Klagerechte: Eine auf individuelle Interessen ausgerichtete Juridifizierung ist die große Entwicklung der letzten Jahrzehnte, die in manchen Bereichen rechten, in anderen linken Bedürfnissen diene. Die Abundance-Anhänger akzeptieren hier, was die *Law and Political Economy-Bewegung* als alternatives linkes neues Projekt zuweilen nicht einsehen will. In diesem Panorama ist *Abundance* die Selbstkritik einer schrumpfenden Mitte. Man kann Klein und Thompson auch als Obduktion der zentralen Projekte Joe Bidens lesen. Dessen enormen Programme für Technologieförderung und Infrastrukturausbau waren voller Bezüge auf *Roosevelts New Deal*, konnten aber weder in der Umsetzung noch in der politischen Wirkung an das große Vorbild anknüpfen.

Zum Überfluss

Ist *Abundance* nur die Karotte, mit welcher der demokratische Esel auf den ausgetretenen Pfad von Bill Clinton und Tony Blair, von New Democrats und New Labour, zurück gelockt wird? Diese linke Bewegung zur Mitte hin prägte ja auch eine Selbstkritik, die liebgelebte Traditionen und Überzeugungen abschnitt und marktorientierte Reformen begründete. Für die gegenwärtige Rechte und die neue Linken der Clinton/Blair-Generation führt jedoch ein anderer Weg zum künftigen Überfluss. Mit Elon Musk teilen die Autoren den Techno-Optimismus – das Buch beginnt mit einer futuristischen Zukunftsvision aus dem Jahr 2050, in welcher technischer Fortschritt ein besseres Leben garantiert. Aber anders als in Musks privatem Cyberpunk sehen sie einen von linksliberalen Hindernissen entfesselten Staat als großen Ermöglicher einer besseren Zukunft. Unter Verweis auf die – auch vom ehemaligen deutschen Wirtschaftsminister Robert Habeck *geschätzte* – Ökonomin *Mariana Mazzucato* schreiben sie dem Staat eine Schlüsselrolle bei Forschung und Entwicklung zu – aber eben einem entfesselten Staat,

der öffentliche Güter in einem lange nicht gekannten Umfang selbst bereitstellt: ein linkes „*Make America Great Again*“, das die Größe von Roosevelts New Deal in seiner machtvollen Verwaltung sieht, die nicht an Verfahrensrechten, sondern an politischem Zack-Zack orientiert war.

Dieses Ideal der letzten Jahrhundertmitte grenzen sie nicht nur von einer stark auf private Rechte fokusierenden Kultur ab, sondern auch vom Bemühen, Leistungen möglichst marktwirtschaftlich abzuwickeln: Obamas Gesundheitsreform, die statt einer staatlichen Versicherung ein privatwirtschaftliches, aber staatlich stark vorstrukturiertes Modell vorsah, ist ein Beispiel, das seine deutsche Entsprechung in der Riester-Rente hat – ein privates Angebot nach staatlichen Regeln. Statt das Angebot zu vermehren, habe man Zugänge zum privaten Angebot für Bedürftige staatlich erleichtert, damit aber am Ende die Knappheit nur verstetigt. Die Autoren wollen, dass der Staat wieder mehr selbst macht. Sie sagen jedoch nichts dazu, wie sich alte Fehler vermeiden lassen. So ist das Buch stark in seiner Kritik, für manche sicher attraktiv in seinem Ziel – aber wenig ergiebig, was den Weg dorthin angeht.

Die Drittmittel-Fixierung der Universitätspräsidenten und Fakultäten hat ja nachvollziehbare Gründe: Ihr Reiz liegt nicht nur im zusätzlichen Geldfluss, sondern im Wert des Geldes als Kriterium zur akademischen Leistungsmessung. Akzeptiert man es, reduziert es Komplexität und gibt einen objektiven Maßstab. Wissenschaftler von Leistungsmessung zu befreien, erfordert Vertrauen in Wissenschaftler, deren Leistung dann schlechter zu bestimmen ist. Genauso kann man den Verzicht auf Klagerechte auch nur solchen Bürgern abverlangen, die die Verwaltung als einen guten Hüter des Gemeinwohls akzeptieren. Aber gibt es das Vertrauen für einen solchen Rückbau von individuellen Rechten in Vertrauen auf eine effektivere Verwaltung? Das Lieblingsbeispiel der *Abundance*-Anhänger ist Trumps *Operation Warp Speed*, welche die Entwicklung von BioNTech/Pfizer- und Moderna-Impfungen beschleunigte. Die staatliche Reaktion auf die Pandemie hat in den Vereinigten Staaten wie in der Bundesrepublik neben Leid auch enormes Misstrauen

erzeugt. Da dürfte der Appetit der Bürger, Sicherungen gegen den Staat zurückzubauen, eher begrenzt sein.

Und in Deutschland?

Auch die Bundesrepublik kennt eine allseitig beklagte Krise staatlicher Leistungsfähigkeit ebenso wie ein Übermaß an Vorgaben. Beispiele gibt es viele: Die deutsche Filmförderung fordert derweil Recycling-Toilettenpapier am [Filmset](#). Ob hier mehr Papier gespart wird, als die Regelsetzung verbraucht? Nur noch [ein Viertel der Deutschen](#) sieht den Staat in der Lage, seine Aufgaben zu erfüllen. Und unser Staat kennt nicht nur ähnliche Probleme, sondern nutzt auch die gleichen, die Marktwirtschaft nachhelfenden Instrumente: Drittmittel sind längst der Königsweg zum Lehrstuhl. Wenn Bundesministerien Aufträge ausschreiben, organisieren private Unternehmen diese Vergabe von öffentlichen Aufgaben an andere private Unternehmen. Die Ministerialbeamten machen nicht einmal mehr die Ausschreibung selbst. Die neue Bundesregierung verspricht Reformen wie die alte Bundesregierung davor; eine vom Bundespräsidenten beschirmte, von einer Reihe von Stiftungen – den üblichen Zeitgeistverstärkern – finanzierte Initiative für einen handlungsfähigen Staat hat gerade einen [Zwischenbericht](#) mit Vorschlägen vorgelegt. Zugleich schaut die deutsche Rechtswissenschaft auf das Thema wie Walter Benjamins Engel auf die Geschichte: nach hinten und mit Schrecken. Es gibt das verbreitete Gefühl, dass die vergangene Reformwellen nichts gebracht haben. So muss es nicht wundern, dass die einzige Rechtswissenschaftlerin, die sich dem Thema mit [öffentlicher Beachtung](#) widmet, die Bürokratiekritik [historisiert](#). Bürokratie erscheint seltsam unvermeidbar – ein Unterschied zu *Abundance* genau wie DOGE.

Abundance mag künftig dabei helfen, nicht die altbewährten verwaltungsstaatlichen Instrumente zu schwingen, sondern den Blick einmal auf eben diese zu richten. Die Diskussion hierzulande ist entweder hochgradig technisch – etwa ein NVwZ-Aufsatz zu Anpassungen in BauGB oder BImSchG – oder oberflächlich: Bürokratie wird als solche kritisiert, ohne sich darüber Gedanken zu machen, warum wir sie bzw. die Regeln,

die zu ihr führen, haben. Die von Klein und Thompson festgestellte Entwicklung zeichnet sich auch im deutschen Recht gut lesbar ab: Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) von 1977 kodifiziert den Status quo der Zeit vor der Verfahrensbegeisterung. So erscheint es als ein Verfahrensgesetz, dem das Verfahren nicht sonderlich wichtig ist: Ist der Verwaltungsakt materiell richtig, werden Verfahrensfehler geheilt oder sind unbeachtlich, notfalls durch Umdeutung (§§ 43 ff. VwVfG). Wie anders ist das [Standortauswahlgesetz](#) von 2017, das Beteiligungsverfahren an Beteiligungsverfahren reiht: ein dekadentlanges Verfahren mit der Hoffnung auf deren befriedende Kraft. Die oft zwischen hochspezifischer Technizität und banaler Kritik („Alles dauert viel zu lange!“) schwankende deutsche Debatte würde von einer stärker historischen Perspektive profitieren – einer Perspektive, die nicht nur das Verfassungsrecht, sondern auch das Verwaltungsrecht als Ausdruck von Ideen liest, die immer wieder auf ihre Tauglichkeit befragt werden müssen.

Sophie Roche, Lea Hansen

Wenn Wissensquellen versiegen

Was die Finanzkürzungen der US-Regierung für
Herkunftslandinformationen in Asylverfahren bedeuten

doi: 10.59704/e781bead4b8173a9



Die ersten 100 Tage der zweiten Amtszeit von US-Präsident Donald Trump wirken sich nicht nur drastisch auf den [Welthandel](#) und die liberale [Weltordnung](#) aus – sondern auch auf Asylverfahren in Deutschland. Denn die politischen Entscheidungen der Trump-Regierung – vor allem das Defunding von Entwicklungszusammenarbeit – verändern die Informationslage zu asylrelevanten Herkunftsländern radikal: Etablierte Quellen von Herkunftslandinformationen verschwinden, das Verständnis von zentralen Konzepten (wie Terrorismus) wandelt sich und die Informationslage wird noch volatiler. Dies stellt deutsche Gerichte bei der Tatsachenaufklärung in Asylverfahren vor neue Herausforderungen.

Rolle von Herkunftslandinformationen in Asylverfahren

In Asylverfahren gilt nach § 86 Abs. 1 VwGO die Amtsermittlungspflicht. Danach ist das Gericht dazu angehalten, den Sachverhalt umfassend und objektiv aufzuklären – insbesondere, wenn substantiierte Behauptungen von Schutzsuchenden vorliegen, die für die Verwirklichung grundrechtlicher Gewährleistungen von Bedeutung sind. Dies ist insbesondere bei Abschiebungen in Zielstaaten mit unsicheren Verhältnissen relevant.¹ Um diesen hohen Anforderungen gerecht zu werden, führen Asylkammern sogenannte Erkenntnis-mittellisten. Auf diesen nach Ländern organisierten Listen werden die Herkunftslandinformationen (*Country of Origin Information*, COI) verzeichnet, die die Grundlage für die gerichtlichen Asylverfahren darstellen. Mit Ausnahme einiger weniger Bundesländer, in

denen die bibliographischen Listen digitalisiert und zentralisiert wurden, unterhält jede Asylkammer ihre eigenen Listen.

Die Asyldokumentation in Baden-Württemberg (BW) führt eine digitale Asylibibliothek, auf deren Basis die [Erkenntnis-mittellisten](#) für gerichtliche Asylverfahren generiert und allen Verfahrensbeteiligten zugänglich gemacht werden.² Die Listen werden in für Asylverfahren relevante thematische Kapitel unterteilt und quartalsweise veröffentlicht. Zudem stellt die Asyldokumentation tagesaktuelle Informationen im Format eines [Event-Trackers](#) online zur Verfügung.

Die Mitarbeiterinnen der Asyldokumentation sichten jede Woche hunderte Quellen von Herkunftslandinformationen. Das hat die Mitarbeiterinnen für die Veränderung der Quellenlage sensibilisiert, wie die folgenden Beispiele zeigen.

Verlust von Quellen zur humanitären Lage

Als eine der ersten Amtshandlungen ordnete Trump eine 90-tägige [Überprüfung bereits bewilligter Haushaltsmittel für Entwicklungshilfe](#) an. Nach dem anfänglichen Moratorium für Projekte der United States Agency for International Development (USAID) wurde Ende März die [Auflösung von USAID](#) zum 1. Juli 2025 bekannt gegeben. Die im Jahr 1961 gegründete USAID ist bzw. war als unabhängige Behörde der US-Regierung für die Verwaltung von Entwicklungs- und humanitären Hilfsprogrammen weltweit zuständig. Im Jahr 2024 etwa verwaltete USAID ein [Budget von über 20 Milliarden US-Dollar](#), ein Viertel davon für Förde-

¹ Berlit, Qualitätsvolle Asylverfahren und -prozesse: eine Herausforderung für den Rechtsstaat, NVwZ 3 (2020), 97–105 (104).

² Roche, Die neue baden-württembergische Asyldokumentation, ZAR 2020, 78–80.

rungen im Gesundheitswesen. Sie war in [Entwicklungsländern](#) zentral für die Förderung von Demokratie, wirtschaftlicher Entwicklung, Bildung, Gesundheit und humanitärer Hilfe. [USAID](#) kooperierte eng mit internationalen Organisationen, Nichtregierungsorganisationen (NRO) sowie lokalen Regierungen.

Auch bei Asylverfahren nahm USAID als Geldgeber zahlreicher Organisationen eine wichtige Rolle ein. So ist ein beträchtlicher Anteil der Herkunftslandinformationen, wie sie vom Famine Early Warning Systems Network (FEWS NET) oder UN-Organisationen sowie zahlreichen kleinen NROs publiziert werden, maßgeblich von den finanziellen Unterstützungen der USAID abhängig. Ihre Publikationen leisten einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Tatsachen, insbesondere zur humanitären und Versorgungslage in Gebieten, die von der regulären Presse nur wenig rezipiert werden, wie beispielsweise Afrika südlich der Sahara.

Als Konsequenz der budgetären Kürzungen wurde das von USAID finanzierte [FEWS NET](#) eingestellt. FEWS NET diente als Frühwarnsystem, das die Nahrungsmittelproduktion sowie die Entwicklung von Nahrungsmittelpreisen weltweit überwachte, um Hungersnöte rechtzeitig zu identifizieren. Die Webseite von FEWS NET ist offline. Derzeit werden also keine neuen Lageberichte, Analysen und Frühwarnsysteme mehr erstellt und ältere Dokumente sind über die [Webseite](#) nicht mehr zugänglich.

Die Abschaltung von FEWS NET wirkt sich auf die Herkunftslandinformationen aus, die etwa die Asyldokumentation BW im thematischen Kapitel „Grundversorgung“ in die Erkenntnismittellisten aufnimmt. So verändern sich Dokumente für verschiedene Herkunftsländer in Afrika und dem Nahen Osten zum Thema Ernährungsunsicherheit sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht.

Für das [vierte Quartal 2024](#) und das [erste Quartal 2025](#) enthielt die Erkenntnismittelliste des Verwaltungsgerichtshofs BW für den Niger detaillierte Analysen und Prognosen der Ernährungsunsicherheit sowie der Entwicklung der Nahrungsmittelpreise, die von FEWS NET durchgeführt wurden. Für das [zweite Quartal 2025](#) ist lediglich ein Dokument vom Amt der Vereinten Nationen für die Koordinierung humanitärer

Angelegenheiten (OCHA) aufgeführt, das die Anzahl der von Ernährungsunsicherheit betroffenen Personen angibt. Die Preise für Grundnahrungsmittel im Niger lassen sich anhand der Erkenntnismittelliste für das zweite Quartal 2025 nicht mehr ermitteln.

OCHA hat bisher, ebenso wie eine Vielzahl anderer Organisationen, auf die prekäre Situation in zahlreichen Flüchtlingslagern aufmerksam gemacht. Viele solcher [Lager](#) waren schon in den letzten Jahren mit einem engen Budget konfrontiert. [OCHA](#) bezieht etwa 20 Prozent der finanziellen Zuwendung aus US-Mitteln, die durch die anstehenden Kürzungen verloren gehen. Sie warnen, dass in einer bisher nicht näher spezifizierten Anzahl von Flüchtlingslagern sowohl die Versorgung mit Nahrungsmitteln als auch der Zugang zu Gesundheitssystemen nicht mehr gewährleistet sind. Außerdem wirkt sich die nun [fehlende Dokumentation](#) auch auf die Sicherheit von [Menschenrechtsaktivisten](#) aus: Kann die internationale Gemeinschaft nicht mehr in aktuellen Lageberichten nachvollziehen, wie viele Menschenrechtsaktivisten wo eingesetzt sind und wie sie dort aktiv werden, sind sie den dortigen Regimen schutzlos ausgeliefert.

Verlust von Quellen zur Menschenrechtslage

Ähnliche Wissenslücken drohen auch beim Thema [digitale Repression](#), seit die US-Regierung der NRO Freedom House die Mittel gestrichen hat. Viele asylrelevante Länder werden von Regierungen geführt, die freie Äußerungen im Internet und soziale Medien als Gefahr für ihre Macht sehen und digitale Kontrollmechanismen einsetzen, um die Gesellschaft oder einzelne unliebsame Personen zu kontrollieren. Die aus dem Zweiten Weltkrieg hervorgegangene Organisation Freedom House hat sich gezielt für die Förderung der Menschenrechte und ziviler Freiheiten eingesetzt. Mit den Kürzungen von US-Mitteln verliert sie [80 Prozent ihrer finanziellen Unterstützung](#). Ihre Berichte zur Internetfreiheit und digitalen Repressionen ([Freedom on the Net](#)) stellen eine zentrale Informationsquelle dar: Nur ihre Berichte stellen für 72 Länder Informationen zu staatlichen digitalen Programmen und zivilen Aktivitäten im Internet bereit. Mit dem Verlust dieses Teilbereiches

von Freedom House allein gehen zentrale Informationen zu einem in den Herkunftslandinformationen chronisch unterbelichteten Thema verloren, die nicht ersetzbar sind. Noch ist unklar, welche weiteren Bereiche von den Kürzungen betroffen sein werden.

Zivilgesellschaftliche Akteure können die Informationslücken, die durch die US-Kürzungen bei USAID und großen NROs entstehen, nur bedingt abfangen. Ein wesentlicher Aspekt der politischen Projekte von USAID war der Aufbau von Demokratie sowie die Organisation von Wahlbeobachtern. Dort wird die Finanzierung nicht in demselben Ausmaß thematisiert wie im humanitären Bereich. Dennoch zeigen erste Beispiele, dass die Kürzungen gravierende Folgen für die Zivilgesellschaft haben. In Venezuela haben **zivilgesellschaftliche Organisationen** infolge der USAID-Kürzungen etwa einen signifikanten Teil ihrer Finanzierung verloren. Im Südsudan droht ein **Zusammenbruch der Medienlandschaft**, da diese zu über 60 % von USAID finanziert wurde.

Veränderte Definition von Kernkonzepten

Die Politik der Trump-Regierung schlägt sich auch in der veränderten Definition von Kernkonzepten nieder. Vor allem die neue Definition von Terrorismus könnte folgenreich werden. Danach gelten nach Dekreten sowie öffentlichen Äußerungen von Trump ab sofort auch **Drogenkartelle**, **Migranten** und **politische Oppositionelle** als „Terroristen“. Der nach dem Anschlag von 9/11 ausgerufene „War on Terror“ wird so **auf neue Gegner ausgeweitet**. Zwar hatten bereits US-Regierungen vor Trump in Erwägung gezogen, Drogenkartelle als Terroristen zu bezeichnen, um sie entsprechend militärisch in Südamerika bekämpfen zu können. Dass aber auch Migranten und geflüchtete Oppositionelle als Terroristen behandelt werden sollen, ist neu, ebenso wie die bereits jetzt durchgeführten **geheimen Deportationen von kritischen Studenten**. Dieses neue Verständnis wird sich auch auf deutsche Asylverfahren auswirken, weil die Dokumente der US-Regierung (z.B. die Länderberichte des US Department of State) regel-

mäßig im Unterkapitel „Sicherheitslage“ und „Menschenrechtslage“ der Erkenntnismittellisten gelistet sind.

Volatilere Informationslage

Zudem wird die Informationslage volatiler. Dies zeigt sich exemplarisch beim Thema medizinische Versorgung. Während die Asylagentur der Europäischen Union (EUAA) im März 2025 noch von der Behandelbarkeit von HIV in Afghanistan ausging³, warnte die WHO zeitgleich bereits, dass ab Juni 2025 bis zu 80 Prozent der WHO-unterstützten **Einrichtungen in Afghanistan schließen** müssen. Das Beispiel zeigt, dass verfügbare Herkunftslandinformationen mit einer bisher unbekannten Geschwindigkeit veralten.

Dies kann nicht nur Informationen zu einzelnen Themen, sondern auch zur allgemeinen Lage in einem Herkunftsland betreffen. In den westlichen Medien wird wenig diskutiert, dass die Kürzungen des US-Entwicklungshilfebudgets zum Stopp von **Programmen zur Aufnahme von Geflüchteten** führen. In einer Vielzahl von Ländern, darunter auch Ruanda, haben die USA das Aufnahmeprogramm einseitig gekündigt. Damit wurde die Verantwortung für die Flüchtlinge über Nacht vollständig an Ruanda übertragen, das wirtschaftlich allerdings nicht in der Lage ist, die daraus resultierenden Belastungen zu bewältigen. Laut nichtöffentlichen Berichten von Mitarbeitern des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) aus Ruanda⁴ wurde bereits 39 Prozent der Mitarbeitenden gekündigt. Zudem haben zahlreiche zivile NROs ihre Arbeit eingestellt. Viele Flüchtlinge sind sich inzwischen selbst überlassen, so die Informationen. Die im April 2025 verfügbaren Lageberichte zu Ruanda **erwähnen** die möglichen neuen Entwicklungen nicht einmal in der Einleitung.

Auswirkungen auf die Herkunftslandinformationen in Asylverfahren

Wie werden Asylbibliotheken die sich so radikal verändernden Verhältnisse vor Ort durch verlässliche Quel-

³ EUAA: MedCOI v. 21.03.2025 (AVA 19030). MedCOI Informationen sind nicht öffentlich, aber über die digitale Bibliothek für Verfahrensbeteiligte zugänglich.

⁴ Die Information wurden den Autorinnen per E-Mail von UNHCR in Ruanda zugesandt.

len dokumentieren können? Wenn die in Asylverfahren wichtigen Quellen – etwa das EUAA und das UNHCR – diese Veränderungen nicht zügig verarbeiten, kommt auf die Asylrichter eine unvorstellbare Sisyphusarbeit zu. Denn die Informationen zur humanitären Lage müssen dann in mühevoller Puzzlearbeit aus unzähligen kleinen lokalen Berichten zusammengesetzt werden. Die Menschenrechtslage und insbesondere die digitale Verfolgung wird möglicherweise in einigen Ländern vorerst nicht mehr zu ermitteln sein. Dabei besteht die Gefahr, dass sich Gerichte in ihrer Spruchpraxis zunehmend auf politische Einschätzungen verlassen.

Derweil beobachtet die Asyldokumentation BW, dass relevante Institutionen wie die EUAA oder das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) zäh reagieren und ihre Berichte nicht sofort überarbeiten. Weder der BFA-Lagebericht von Kamerun (7. März 2025)⁵ noch von Sierra Leone (4. März 2025)⁶ weist auf die Probleme hin, die mit den Kürzungen der US-Regierung von Hilfsgeldern einhergehen. In Kamerun war USAID in der [Gesundheitsversorgung](#) involviert und im Kampf gegen AIDS, Tuberkulose und Malaria sowie in der technischen Ausrüstung und der [Medikamentenversorgung](#) aktiv. Die US-amerikanische [Botschaft in Sierra Leone](#) führt USAID weiterhin als wichtigen Partner, obwohl diese bereits ihre Webseite und damit jede Informationslage und Unterstützung für das Land eingestellt zu haben scheint.

Es ist davon auszugehen, dass der seismische Schock der ersten [100 Amtstage der neuen US-Regierung](#) in der humanitären Versorgungsinfrastruktur und Menschenrechtslage seine volle Kraft noch lange nicht entfaltet hat. Für all diejenigen, die von Herkunftsländinformationen Gebrauch machen, wird eine [Neubewertung der Lage](#) nicht zu umgehen sein. Auf die Asyldokumentationen und die digitalen Bibliotheken kommt die Aufgabe zu, neue Quellen zu identifizieren, auf sonst weniger beachtete lokale Berichte zurückzugreifen und die Veränderungen in den Erkenntnismittellisten zu [reflektieren](#) – um sicherzu-

stellen, dass nicht Politik, sondern objektives Wissen die Grundlage für die Tatsachenaufklärung in Asylverfahren bestimmt.

⁵ BFA, Österreich: Länderinformationsblatt der Staatendokumentation: Kamerun, 07.03.2025. Die Lageberichte des BFA Österreich sind nicht öffentlich, aber über die digitale Bibliothek für Verfahrensbeteiligte zugänglich.

⁶ BFA, Österreich: Länderinformationsblatt der Staatendokumentation: Sierra Leone, 04.03.2025.

Sandra Scherbarth, Noah Kistner

Falsches Vertrauen

doi: 10.59704/dd7e9dfa9a3cedc6



Die Rechtstaatlichkeit der Türkei ist in den letzten Wochen erneut unter starken Beschuss gekommen. Auch aus Deutschland war Kritik zu vernehmen, konkrete Konsequenzen blieben allerdings aus. Der Demontage des Rechtsstaates durch die türkische Regierung ist mit einem Stopp von Auslieferungen aus Deutschland Rechnung zu tragen. Was passiert, wenn der im Auslieferungsrecht geltende Grundsatz gegenseitigen Vertrauens nicht fortlaufend kritisch geprüft und vor dem Hintergrund aktueller Umstände sowie Entwicklungen hinterfragt wird, hat der Fall Maja T. – ein „deutsch-ungarischer Justiz-Skandal“ – eindrücklich gezeigt.

Opposition, Repression und Protest

In der Türkei finden seit Wochen Proteste statt. Diese richten sich gegen die am 19. März 2025 erfolgte Verhaftung des Istanbuler Bürgermeisters und Oppositionskandidaten für das Präsidentenamt Ekrem İmamoğlu. Wenige Tage nach dessen Festnahme wurde auch der Anwalt des inhaftierten Oppositionspolitikers kurzzeitig in Polizeigewahrsam genommen. Parallel ist am 21. März 2025 der gesamte Vorstand der Istanbuler Rechtsanwaltskammer durch gerichtliche Anordnung seines Amtes enthoben worden. Hintergrund dessen war eine öffentliche Aufforderung der Anwaltskammer, den Tod zweier kurdischer Journalisten in Nordsyrien zu untersuchen.

Die türkische Justiz agiert erkennbar unter politischer Steuerung durch die Regierung, wenn sie gezielt gegen die Opposition vorgeht. Schon seit dem gescheiterten Putschversuch 2016 wurde unter Präsident Recep Tayyip Erdoğan immer wieder mit umfassenden Repressionen auf jegliche Form von Opposition reagiert. Hunderte von Journalisten, Anwälten, Akademikern und Aktivisten wurden inhaftiert. Nun wird

versucht, die türkische Anwaltschaft zu delegitimieren. Die türkische Justiz setzt dies um und lässt sich damit weiter politisch instrumentalisieren.

In Deutschland wurde die türkische Regierung – trotz ihrer außenpolitischen Bedeutung als strategischer Partner – von Politikern scharf kritisiert. Von einem „Staatsstreich“ und der „Angst vor Wahlen“ ist die Rede. Die Bundesregierung verkündete über einen Sprecher des Auswärtigen Amtes, die Festnahme İmamoğlu sei ein „schwerer Rückschlag für die Demokratie“.

Demontage des Rechtsstaats

Dabei zeigt sich ein Muster: Regierungskritische Äußerungen werden als angebliche „Terrorpropaganda“ sowie andere Verhaltensweisen als vermeintliche Unterstützung einer kriminellen Vereinigung strafrechtlich verfolgt.

Der noch immer inhaftierte Ekrem İmamoğlu stand am Tag seiner Festnahme kurz vor der Ernennung zum Präsidentschaftskandidaten. Zwischenzeitig wurde er trotz der andauernden Haft von seiner Partei nominiert. Die Staatsanwaltschaft wirft ihm Korruption, Bestechung, Erpressung, Bedrohung eines Staatsanwalts sowie die Unterstützung einer Terrororganisation – namentlich der PKK – vor. Sein Anwalt wiederum soll jetzt im Verdacht der Geldwäsche stehen.

Beim Einsatz der Istanbul Anwaltskammer für die Untersuchung des Todes der Journalisten im syrischen Kriegsgebiet, in denen die türkische Armee operiert, ging es in der Sache um die Kontrolle der Gewährleistung von Menschenrechten. Praktisch handelte es sich schlicht um die Beteiligung an der öffentlichen Diskussion. Seitens der türkischen Staatsanwaltschaft wurde dies wegen „Terrorpropaganda“ mit der Einleitung

strafrechtlicher Ermittlungsverfahren sowie des Amtsenthebungsverfahrens quittiert.

Repressionen gegen Oppositionelle in der Türkei sind schon seit Jahren bekannt. Auch, dass die Unabhängigkeit der Justiz im Bereich der politischen Meinungsäußerung fraglich ist. Mit der Absetzung des Vorstands der Istanbuler Rechtsanwaltskammer erreicht die Einflussnahme der türkischen Regierung auf die Justiz und insbesondere die Anwaltschaft einen neuen Höhepunkt. Besonders besorgniserregend ist der darin zum Ausdruck kommende Frontalangriff auf rechtsstaatliche Grundpfeiler.

Anwaltschaft als unabhängiger Garant der Rechtsstaatlichkeit

In der Türkei kann bereits seit Jahren beobachtet werden, dass [Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit der Prozess gemacht wird](#). Meist mit dem Verdacht der Unterstützung einer Terrororganisation begründet, geraten die anwaltlichen Vertreterinnen und Vertreter in den Fokus, die politisch unliebsame Mandantschaft gegen die staatliche Verfolgung verteidigen. Oft ist die Folge, dass ebenjene sodann ihrerseits verfolgt werden. In dem Hochsicherheitsgefängnis Silivri sind neben Ekrem İmamoğlu und einst Deniz Yücel auch zahlreiche Anwaltskolleginnen und -kollegen inhaftiert.

Neben der Einschränkung der Pressefreiheit, etwa durch Angriffe auf Journalisten, und Repression gegen die Opposition ist dies ein weiterer Indikator für den – schlechten – Zustand des dortigen Rechtsstaats. Die Straf- und Amtsenthebungsverfahren gegen den Kammervorstand wurden dabei gerade deshalb eingeleitet, weil er den ihm obliegenden Aufgaben nachgekommen ist. Sie sind Ausdruck staatlicher Einmischung in die anwaltliche Berufsausübung.

Die Anwaltschaft dient als unabhängiger Garant der Rechtsstaatlichkeit und rechtsstaatlicher Verfahrensführung; durch die Rechtsanwaltskammern wird eine Überwachung der Anwaltschaft gerade durch staatsferne Kontrollorgane gewährleistet. Die anwaltliche Selbstverwaltung ist wiederum Teil der Sicherung einer freien Advokatur, welche – so für die hiesige Rechtsordnung bereits 1962 [das Bundesverfassungsge-](#)

[richt](#)– „der Rechtspflege selbst“ dient. Wenn der Staat hier eingreift und über die Berufsausübung der Anwaltschaft bestimmt, betrifft dies daher nicht nur die Berufsinteressen. Es ist ein Eingriff in die Unabhängigkeit der Rechtspflege insgesamt.

Grenze der Rechtshilfe erreicht

Angesichts erodierender Rechtstaatlichkeit der Türkei müssen in Deutschland jetzt auf justizieller Ebene konkrete Konsequenzen gezogen werden. Außenpolitischer Druck auf die Türkei blieb sowohl auf EU- als auch auf nationaler Ebene bislang aus. Mit der fortdauernden Auslieferung von Verfolgten in die Türkei liefert die deutsche Justiz Menschen aber wortwörtlich der dortigen, dergestalt politisch instrumentalisierten Justiz aus, deren Überwachung durch die Anwaltschaft nicht mehr in freier, also von staatlichem Druck unabhängiger, Weise gewährleistet ist.

Regelmäßig werden auf ein entsprechendes Ersuchen hin Menschen in Deutschland verhaftet und in die Türkei ausgeliefert, damit sie sich dort einem Strafverfahren stellen (Rechtshilfe für Zwecke der Strafverfolgung) oder eine bereits verhängte Strafe verbüßen (Vollstreckungshilfe). Nach der letzten [Auslieferungsstatistik des Bundesjustizamtes](#) wurden im Jahr 2022 insgesamt 66 Auslieferungsersuchen aus der Türkei erledigt; über 100 weitere Auslieferungsersuchen waren zum Stichtag noch anhängig. Gemessen an der Anzahl der gestellten Auslieferungsbegehren zählt die Türkei damit zu den „Top 10“ der ersuchenden Staaten gegenüber Deutschland.

Knapp zwei Drittel der erledigten Auslieferungsverfahren sind durch eine ablehnende Entscheidung zum Abschluss gekommen, wobei sich der Aufschluss der Statistik nach Deliktgruppen entnehmen lässt, dass rund zwei Drittel dieser Ablehnungen Auslieferungsersuchen betrafen, welchen der Vorwurf des Terrorismus zugrunde lag. Hintergrund dessen dürfte sein, dass schon seit Längerem auch im Auslieferungsverkehr davon ausgegangen wird, dass jedenfalls wenn es um Vorwürfe von Straftaten mit politischem Hintergrund geht, [in der Türkei kein rechtsstaatliches Strafverfahren gewährleistet](#) ist. Oftmals sind die den türkischen Auslieferungsersu-

chen zugrundeliegenden Vorwürfe identisch zu denen, welche nunmehr auch einer (weiteren) Oppositionsfigur einen der vielen Plätze in türkischer Haft verschafft haben.

Gegenseitiges Vertrauen?

Im Rechtshilfeverkehr gilt der Grundsatz, dass dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes Vertrauen entgegenzubringen ist. Auslieferungen von und in die Türkei finden grundsätzlich nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957 (EuAIÜbK) i.V.m. dem Zweiten Zusatzprotokoll vom 17.03.1978 zu dem vorbezeichneten Abkommen statt.

Über die Frage der Zulässigkeit einer Auslieferung haben die Oberlandesgerichte zu entscheiden. Eine Auslieferung kann dann bei Vorliegen eines Auslieferungshindernisses i.S.v. § 73 IRG abzulehnen sein. Auslieferungshindernisse sind insbesondere dann anzunehmen, wenn die dem Verfolgten gewährten Grund- oder Verfahrensrechte in ihrem Kernbereich verletzt sind (BVerfG Beschluss v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16). Dies setzt allerdings regelmäßig „außergewöhnlichen Umstände“ voraus.

Nachdem in der Türkei nach dem Putschversuch 2016 der Ausnahmezustand verhängt wurde, ist aufgrund der dortigen justiziellen und politischen Entwicklungen von den hiesigen Oberlandesgerichten ein Auslieferungshindernis angenommen worden. Konkret wurden die anzunehmenden Auswirkungen dessen (auch) auf die Haftbedingungen in der Türkei als ein i.S.v. § 73 S. 1 IRG i.V.m. Art. 3 MRK entgegenstehendes **Hindernis anerkannt**. In Art. 3 MRK ist das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung geregelt, welches insbesondere auch die Wahrung gewisser Mindeststandards an Hafträume und -umstände umfasst, die auch im damals von der Türkei angenommenen Notstandsfall nach Art. 15 Abs. 1 MRK zu wahren sind.

Berichte von internationalen Menschenrechtsorganisationen wie **Amnesty International** und **Human Rights Watch** zeigten in den vergangenen Jahren immer wieder auf, dass in der Türkei Folter und

unmenschliche Behandlung von Gefangenen stattfinden, insbesondere gegen politische Gefangene. In vielen Fällen werden Personen nach ihrer Inhaftierung schwer misshandelt, um Geständnisse und Angaben zu weiteren Personen zu erzwingen. Durch die Vereinten Nationen und den **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** ist die Türkei für diese Praktiken wiederholt gerügt worden. Jedenfalls aufgrund von anzunehmender Überbelegung der dortigen Haftanstalten aufgrund von Zehntausenden Verhaftungen infolge des Putschversuches, sah die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung die Wahrung rechtsstaatlicher Mindestbedingungen damals nicht gewährleistet.

Wert von Zusicherungen des ersuchenden Staates

Derartige Auslieferungshindernisse werden argumentativ regelmäßig mit Verweis auf eingeholte Zusicherungen des ersuchenden Staates ausgeräumt. Dabei handelt es sich um mittels Verbalnoten im Wege des diplomatischen Verkehrs übermittelte, völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen, die jedoch von den Behörden selbst ausgestellt werden.

So muss etwa die Wahrung von elementaren Beschuldigtenrechten, wie die Möglichkeit sich eines Rechtsbeistandes zu bedienen oder umfassende Akteneinsicht zu erhalten, bei bestehenden Zweifeln im konkreten Einzelfall staatlich zugesichert werden. Aber auch die Möglichkeit für Angeklagte, bei einer gegen sie geführten erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung persönlich anwesend zu sein, kann Gegenstand dessen sein. Hinsichtlich der Wahrung der Haftbedingungen im ersuchenden Staat ist regelmäßig eine Überprüfungsmöglichkeit zuzusichern. Der jeweils zuständigen deutschen Auslandsvertretung ist die Möglichkeit einzuräumen, den Verfolgten nach erfolgter Auslieferung durch einen Mitarbeiter zu besuchen und sich vor Ort über die bestehenden Verhältnisse zu informieren.

Bisher wird davon ausgegangen, dass diese Zusicherungen hinsichtlich der Ausgestaltung von Strafverfahren und etwaiger Haftbedingungen geeignet sein können, rechtstaatliche Bedenken zu entkräften. Das Bundesverfassungsgericht lässt solchen Zusiche-

rungen gewissermaßen einen Vertrauensvorschuss zukommen.

Fehlende Garantie rechtsstaatlicher Verfahrensführung

Dieses – schon seit 2016 fragwürdige – Vertrauen in den türkischen Staat und die dortige Justiz ist angesichts der jüngsten Angriffe auf die Anwaltschaft aber erschüttert. Auch sofern hinsichtlich der Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze im Hinblick auf die Haftbedingungen (noch) keine Anhaltspunkte für konkrete Zweifel bekannt sind, steht zumindest in Fällen der Rechtshilfe für Zwecke der Strafverfolgung ein Verstoß gegen die übergeordneten Wertungen des in § 73 IRG niedergelegten *ordre public* in Frage.

Die *orde public* ist verletzt, wenn die fragliche Rechtshilfeleistung den von allen Rechtsstaaten anerkannten Grundsätzen widerspricht. Wird beispielsweise das Anwesenheitsrecht in einer gegen den Verfolgten zu führenden erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung seitens des türkischen Staates zugesichert, bleibt fraglich, wer diese Zusicherung durchsetzt: Die Wahrung der Rechte der Beschuldigten ist in einem Strafprozess originäre Aufgabe der Strafverteidiger, also der Anwaltsseite. Wenn nun aber diejenigen demontiert werden, denen die Gewährleistung solcher Zusicherungen im konkreten Einzelfall vor Ort obliegen würde, können diese keine belastbare Entscheidungsgrundlage für deutsche Gerichte sein. Das gilt umso mehr, wenn das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz ohnehin angeschlagen ist.

Vgl. „Fall Maja T.“

Als Mahnung dient der bekannte Fall der Antifaschistin Maja T. Das Kammergericht Berlin hatte hier im Juni 2024 die Auslieferung mangels Auslieferungshindernisse für zulässig erklärt; die Auslieferung erfolgte unmittelbar am selben Tag. Insbesondere stünden die Haftbedingungen in dem EU-Land Ungarn der Auslieferung nicht entgegen. Das Kammergericht ließ zur Annahme menschenrechtskonformer Haftbedingungen eine allgemein gehaltene Garantieerklärung Ungarns genügen.

Wie das Bundesverfassungsgericht im Nachgang entschieden hat, hätte das Kammergericht die Auslieferung aufgrund der Vielzahl der vorliegenden Anhaltspunkte für systemische und allgemeine Mängel für unzulässig erklären müssen. In dem auf die Verfassungsbeschwerde hin ergangenen [Beschluss vom 24.01.2025 \(2 BvR 1103/24\)](#) hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass sich das Kammergericht angesichts der konkreten Anhaltspunkte nicht auf eine allgemeine Erklärung seitens Ungarns hätte verlassen durfte. Für Auslieferungen in die Türkei kann angesichts der bekannten Missstände dort nichts anderes gelten.

Der Fall Maja T. zeigt auch auf anderer Ebene auf, weshalb etwaige Zusicherungen der ersuchenden Staaten besonders kritisch zu überprüfen sind. Ist nämlich die Auslieferung erst einmal erfolgt, bestehen keine Möglichkeiten mehr im Falle von Nichteinhaltung bzw. – wie hier – revidierender Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Auslieferung ungeschehen zu machen: Maja T. befindet sich trotz der festgestellten Unzulässigkeit der Auslieferung weiterhin in ungarischer Haft. Eine Rückführung nach Deutschland ist nicht möglich und die Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts bleibt damit praktisch wirkungslos.

Notwendige Konsequenzen

Eine freie und unabhängige Anwaltschaft ist keine externe Überwachung eines Rechtsstaates – sie ist Grundvoraussetzung. Die jüngsten Entwicklungen in der Türkei lassen erneut ganz erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit der türkischen Justiz besorgen. Zusicherungen der Türkei, die bislang Zweifel regelmäßig – jedenfalls argumentativ – entkräften konnten, sind spätestens heute jedoch nicht mehr geeignet, Bedenken hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit von Strafverfolgung und Strafvollstreckung in der Türkei zu erschüttern.

Eine konsequente Aussetzung von Auslieferungen in die Türkei würde der Rechtsstaatlichkeit beider Länder dienen. Die Oberlandesgerichte müssen die Frage, ob derzeit eine Auslieferung in die Republik Türkei zulässig sein kann, insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen justiziellen Umstände dort

bewerten. Da als Entscheidungsgrundlage regelmäßig Verlautbarungen des Auswärtigen Amtes herangezogen werden – aktuell noch der (zwischenzeitlich überholte) Lagebericht zu Rechtsstaatlichkeit und Haftbedingungen in der Türkei vom 12. Juli 2022 – ist aber auch die höhere justizielle und politische Ebene gefragt.

Aytekin Kaan Kurtul

Criminalising Boycott Calls

How Hate Speech Laws Are Weaponised in Turkey

doi: 10.59704/c9c6b30f1f55ad51



Can a call for boycott ever amount to hate speech? A diligent human rights lawyer might reply, “it depends on the context”. Yet, in [today’s polarised climate](#), the understanding of that context is increasingly shaped less by human rights law than by (geo)politics, particularly within the transatlantic “free speech divide” [caricatured by Eric Heinze as a clash between “Wild West Cowboys” and “Cheese-Eating Surrender Monkeys”](#). For all their differences, neither side appears willing to confront a more insidious possibility: that hate speech laws may be weaponised against passive acts of protest, even in the absence of any protected ground for discrimination. This blind spot carries serious consequences, especially in autocratic settings where repression hides behind the legal façade of combating hate.

As illustrated in previous *VerfBlog* posts, Turkey’s ailing political system has come under renewed scrutiny following [the detention of İstanbul mayor Ekrem İmamoğlu on 19 March 2025](#), and [his subsequent arrest on corruption charges on 23 March 2025](#). The brutal suppression of the mass protests that ensued gave rise to numerous allegations of human rights violations, including [cruel and degrading treatment amounting to sexual violence against female detainees](#). The chilling effect of these repressive measures prompted an alternative form of dissent: [the ongoing boycott of goods and services provided by individuals and companies perceived as having ignored or disparaged the protests](#). Despite the relatively passive nature of this form of protest, the İstanbul Chief Prosecutor’s Office characterised these boycott calls as “acts of hate speech”, [initiating criminal investigations on 1 April 2025 for “incitement to hatred” and “discrimination”](#). This apparent overreach has

inevitably echoed the measures taken against the Palestinian-led Boycott, Divestment, Sanctions (BDS) movement in both [Europe](#) and [North America](#), where calls for boycott have been equated with racial discrimination.

This post therefore explores the intersection between freedom of expression and calls for boycotting goods and services through the lens of international human rights law in order to establish the jurisprudential framework against which the Turkish legal response can be critically assessed. It argues that the otherwise understandable focus on political offences has contributed to the under-recognition of how hate speech laws are being weaponised in “democratorships” like Turkey. This marginalisation, in turn, facilitates a double standard in the application of human rights protections across Europe and North America, particularly concerning political speech.

Boycotting and freedom of expression

In exploring the often-overlooked relationship between boycotting and freedom of expression, it is worth recalling the origins of the term itself. The word “boycott” entered the English language after [Irish Home Rule politician Charles Stewart Parnell](#) urged the public to peacefully shun tenants who had taken over farms from which others had been evicted by [Lord Erne’s land agent, Captain Charles Cunningham Boycott](#). This act of collective protest, widely regarded as the first successful boycott, prompted Westminster to enact the [Protection of Persons and Property \(Ireland\) Bill](#), informally known as the Coercion Act 1881. True to its name, the Act led to [the arrest of Parnell](#), then a sitting Member of the UK Parliament,

for criticising British land reforms in Ireland in his newspaper.

Notwithstanding this longstanding tradition of boycotts as political expression, international human rights doctrine has been slow to engage with them substantively. In that respect, it is striking that the issue of boycotting was addressed only briefly in [General Comment no. 34 of the UN Human Rights Committee](#) (HRC) on freedom of expression, given that it was drafted by an Irish scholar – Michael O’Flaherty, now Council of Europe Commissioner for Human Rights – who touched only on electoral boycotts. One might assume that this omission stemmed from a lack of relevant jurisprudence, especially as the European Court of Human Rights (ECtHR) issued its first landmark judgment on calls to boycott goods and services nearly a decade later in [Baldassi and Others v France](#) (2020).

The facts of [Baldassi](#) closely mirrored those surrounding the aforementioned BDS movement. Central to the case was the question of whether a call for the boycott of Israeli goods constituted an incitement to “unlawful economic discrimination on grounds of nationality”, as concluded by the Court of Appeal of Colmar and later confirmed by the *Cassation*. In evaluating the substantive right at stake, however, the ECtHR rejected the French courts’ reasoning. Referring to its previous landmark judgment in [Perinçek v Switzerland](#), a case concerning genocide denial allegations by Swiss authorities against a Turkish politician, the Court emphasised that:

“it is in the nature of political speech to be controversial and often virulent. That does not diminish its public interest, provided of course that it does not cross the line and turn into a call for violence, hatred or intolerance. That is also true of a call for a boycott.” (para. 79)

As the reference to [Perinçek](#) and the so-called “*Handy-side* formula” suggests, the threshold for legitimate interference with political expression, including calls for boycott, remains particularly high. This standard applies even in comparison to the limits on racial and religious discrimination outlined by Ahmed Shaheed

in his 2019 report as [UN Special Rapporteur on freedom of religion or belief](#). The only notable exception in human rights case law is [Willem v France](#): a 2009 judgment concerning the criminal conviction of a communist mayor who had publicly declared his intention to boycott Israeli goods. Contrary to more recent judgments in this regard, the ECtHR ruled in favour of the respondent state in this case. It is noteworthy, however, that the Court’s reasoning focused on the “relatively moderate” (para. 41) nature of the penalty – a fine – and the mayor’s official duty to “maintain a certain neutrality” (para. 37). This rationale was criticised by dissenting judge Karel Jungwiert, who questioned whether the Court would have reached the same conclusion had the mayor’s boycott targeted US, Russian, or Chinese goods in response to the invasion of Iraq or the unrests in Chechnya and Tibet.

In view of the above, it is evident that boycott calls initiated by citizen activists – especially when directed at individuals or entities outside protected categories such as race, religion, or belief as defined by Shaheed – are covered by the scope of protection under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) or Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). It is through this normative framework that recent Turkish practices should be evaluated.

Calls for boycott in Turkey: facts and charges

Another key parallel between the BDS movement and the boycott movement in Turkey is that they both originated from political actors. In Turkey’s case, [the boycott was openly endorsed by the main opposition party, the Republican People’s Party](#), which even launched a [website listing the targeted companies](#). This call quickly [gained traction among public figures](#), and soon evolved into a *cause célèbre*.

In an effort to counter this growing trend, [Turkish prosecutors primarily relied on two *ex officio* offences in the Turkish Criminal Code \(TCK\)](#): Article 122, which provides for a prison sentence of one year to three years for “hatred and discrimination on grounds of race, nationality, colour, sex, disability, political ideology, philosophical belief, or religious sectarian-

ism". Article 216, meanwhile, prescribes a penalty of six months to three years for "inciting the people to hatred or disparaging the people", depending on the perceived threat to public order and the nature of the incitement or disparagement.

What is particularly troubling about this wave of investigations is that some detainees were questioned for [stating that boycotting and protesting were protected under the Turkish Constitution](#), such as actor Cem Yiğit Üzümoğlu, internationally known for [his portrayal of Mehmet the Conqueror in a popular docuseries](#). Others, [like content creator and MD, Dr. Enes Özel](#) were investigated solely for endorsing the boycott on social media. Few would argue that these acts constitute hate speech, raising serious concerns about whether such far-reaching interferences could ever be considered "prescribed by law", let alone "necessary in a democratic society".

[Although the detained celebrities were later released under precautionary measures, including international travel bans](#), the investigations appear politically motivated. Similar to civil SLAPPs (Strategic Lawsuits Against Public Participation), criminal probes targeting public figures can be seen as an effective deterrent to millions of potential boycotters – regardless of whether they result in charges or, for that matter, convictions. In this context, the (ab)use of Articles 122 and 216 TCK by Turkish prosecutors is particularly concerning, as it suggests the potential political instrumentalisation of hate speech legislation. The invocation of these articles against political dissenters demonstrates how legal frameworks ostensibly adopted to abide by international human rights obligations can be manipulated to suppress democratic opposition, blurring the line between legitimate enforcement and repression. This has earned relatively little attention, overshadowed by the more conspicuous abuses of Articles 299 (defaming the President) and 301 (denigrating the Nation or the State and its institutions). Unsurprisingly, relatively recent assessments by the [Venice Commission](#) and the [HRC](#) have predominantly focused on these political offences, with limited engagement on the weaponisation of hate speech provisions.

This marginalisation of the misuse of hate speech laws in Turkey by mostly "Western" experts does not, however, negate the existence of such abuse. Rather, it limits both researchers and practitioners from drawing valuable lessons from Turkey, and from confronting the broader risks of suppressing legitimate political expression under the guise of "combating hate speech."

Concluding remarks: "A question of locality"

In his 1888 pamphlet, Scottish writer Samuel Laing lamented that the laws of the United Kingdom at the time allowed him to call for a boycott in Britain, whereas the same act had led to the imprisonment of Irish activists. A similar contradiction persists today: while Turkish and Palestinian activists face the threat of criminal sanctions for using their purchasing power to protest injustices, recent boycotts of US products have been [tacitly – if not openly](#) – condoned by local governments in countries such as [Canada and Denmark](#).

Yet Turkey, like Canada and the US, is a party to the ICCPR, and is also bound by the same regional human rights framework as Denmark and France. The response to Laing's rhetorical question – "Am I a criminal?" – should therefore not hinge on "a question of locality", but on the consistent application of human rights norms to political expression, wherever it occurs. For when the legality of dissent depends on geography, the universality of human rights becomes a mere fiction.

Kai Ambos, Stefanie Bock

Genozid in Gaza?

Einige vorläufige völker(straf)rechtliche Überlegungen

doi: 10.59704/8282140b3f279a30



Israel begehe in Gaza einen Völkermord. Diesen Vorwurf trug [Südafrika](#) bereits rund zweieinhalb Monate nach dem großangelegten Terroranschlag der Hamas auf Israel vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag vor. Die militärische Gegenoffensive Israels richte sich nicht (primär) gegen die Hamas, sondern ziele darauf ab, die Gruppe der Palästinenser als solche zu zerstören. Dieser Vorwurf wiegt politisch wie rechtlich schwer. Die hierfür notwendige Zerstörungsabsicht ist nur schwer nachzuweisen und darf nicht vorschnell bejaht werden. Mit zunehmender Dauer und Brutalisierung der israelischen Kriegsführung verdichten sich jedoch die Indizien für das Vorliegen eines Genozids.

Grundsätzliches Vorliegen des Genozidtatbestands

In objektiver Hinsicht erfüllt die israelische Kriegsführung den Tatbestand des Genozids i.S.v. Art. II der [Genozidkonvention](#) (bzw. Art. 6 des [Römischen Statuts](#) des Internationalen Strafgerichtshofs und [§ 6 VStGB](#)). Danach muss der Täter eines Genozids bestimmte Einzelakte gegen Mitglieder einer geschützten Gruppe begehen, die zumindest abstrakt-generell geeignet sind, die Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören.

Die Palästinenser in Gaza sind jedenfalls eine vom Genozidtatbestand *geschützte Gruppe*. In seiner [Verfügung vom 26. Januar 2024](#) im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Genozidverfahren Südafrika v. Israel hat der IGH zwar noch offengelassen, um was für eine Gruppe (national, ethnisch, rassistisch oder religiös) es sich konkret handelt (para. 45). Da aber immer mehr Staaten Palästina als Staat anerkennen und zudem der IGH in seinem [Gutachten zur \(Völkerrechtswidrigkeit der\) israelischen Besatzungs- und Siedlungspolitik](#)

vom Juli 2024 zentral auf das Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser abgestellt hat, dürfte viel dafür sprechen, diese als nationale Gruppe anzusehen, bei der die Mitglieder durch eine gemeinsame Staatsangehörigkeit verbunden sind.

Zudem werden im Gazakonflikt die ersten drei genozidalen *Einzelaktionen* verwirklicht: (i) Tötung von Mitgliedern der Gruppe, (ii) Verursachung von schwerem körperlichem oder seelischem Schaden an Mitgliedern der Gruppe; (iii) vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen für die Gruppe, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung herbeizuführen.

In subjektiver Hinsicht ist zwischen Einzelpersonen als Täter und einem Kollektiv wie dem Staat Israel zu unterscheiden. Was den allgemeinen Vorsatz, also die bewusste und/oder gewollte Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale angeht, wird man davon ausgehen können, dass jedenfalls das kognitive Element bei an dem Krieg in Gaza beteiligten Einzelpersonen vorhanden ist. Was den Staat Israel angeht, so kann der entsprechende Vorsatz führender Politiker und Militärs diesem grundsätzlich zugerechnet werden.

Schwieriger Nachweis der Zerstörungsabsicht (*dolus specialis*)

Schwieriger ist die Begründung einer genozidalen Zerstörungsabsicht. Insoweit ist – wie eben – zwischen der direkt erforderlichen Absicht der Einzelpersonen und der Zurechnung dieser Absicht zum Staat Israel zu unterscheiden. Ferner ist zwischen der Bedeutung der „Absicht“, dem insoweit erforderlichen Beweismaßstab und dem prozessualen Nachweis zu trennen (siehe hierzu auch im Zusammenhang mit dem strukturell vergleichbaren Apartheidverbrechen [Ambos, 2024](#),

S. 106 ff.). Was die Bedeutung der Absicht angeht, so müssen die objektiven genozidalen Handlungen auf die Zerstörung der angegriffenen nationalen Gruppe (oder wesentlicher Teile von ihr) gerichtet sein; es ist also ein zielgerichtetes Handeln erforderlich. Die Herabstufung dieses volitiven zu einem kognitiven Ansatz (mit der Folge, dass es – wovon beispielsweise Irland auszugehen scheint¹ – ggf. ausreichend sein kann, dass der Täter weiß oder hätte voraussehen können, dass sein Handeln wahrscheinlich zur Zerstörung der geschützten Gruppe beitragen würde) hat sich (bislang) nicht durchgesetzt. Das gilt sowohl völkerstrafrechtlich (also bezogen auf individuelle persönliche Verantwortlichkeit) als auch völkerrechtlich (also bezogen auf die Staatenverantwortlichkeit Israels). Der IGH wird im Verfahren Südafrika vs. Israel – allerdings wohl frühestens 2027² – Gelegenheit haben, die Anforderungen, die an die Zerstörungsabsicht zu stellen sind, zu konkretisieren.

Legt man den bisher herrschenden Maßstab zugrunde, muss ein genozidaler Täter – sei es eine natürliche oder juristische Person – zielgerichtet die Zerstörung der geschützten Gruppe herbeiführen wollen (s. zB die ICTR, *Akayesu*, para. 498, 518; ICTY, *Jelisić*, para. 84 ff.; ICTY, *Krstić*, para. 571). Als Beweismaßstab verlangen namentlich IGH (para. 148) und ICTY (para. 14), dass die genozidale Absicht die einzige vernünftige Schlussfolgerung (*only reasonable inference*) aus den vorliegenden Beweisen sein muss (siehe hierzu *Barigye/Hendrickse/Todeschini* sowie *Ambos*). Nach diesem strengen Maßstab dürfte eigentlich nur bei einem Zusammenspiel von genozidalen Äußerungen der Führungsebene und einem entsprechenden Zerstörungsverhalten von einer genozidalen Absicht auszugehen sein. Grundsätzlich kann allerdings die Absicht auch indiziell aus einem objektiven Verhalten (*dolus ex re*) abgeleitet, also letztlich vermutet, werden (hierzu allgemein *Volk*, FS A. Kaufmann, 1993, 611, 618

ff.; zum Völkerstrafrecht *Stuckenberg*, 524, 527). Bei nur spärlich vorhandenen Stellungnahmen der staatlichen Führungsebene kann also – das entspricht auch der Rechtsauffassung, die Deutschland gemeinsam mit anderen Staaten in dem IGH-Verfahren *Gambia vs. Myanmar* geäußert hat (para. 48 ff.) – ein bestimmtes zerstörerisches, unterschiedsloses Angriffsverhalten eine genozidale Absicht indizieren.

Anwendung auf die Situation in Gaza

Was die Situation in Gaza angeht, so kann für die Annahme einer genozidalen Absicht auf öffentliche Stellungnahmen ranghoher israelischer Politiker (siehe *hier* und *hier*), die rassistische Abwertungen und Entmenslichungen der Palästinenser enthalten und ihnen pauschal den zivilen Schutzstatus absprechen, verwiesen werden. Zudem können die hohen Opferzahlen – man wird wohl mittlerweile von über 50.000 Toten und 120.000 Verletzten ausgehen müssen (s. *hier*, *hier*, *hier* und *hier*) – , die Brutalisierung der Kriegsführung und die enorme Zerstörung ins Feld geführt werden. Allerdings darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass Israel seit *seiner Einlassung vor dem IGH* immer wieder betont hat, primär gegen Mitglieder der Hamas und militärische Ziele vorzugehen. Die Zivilbevölkerung sei nicht das eigentliche Ziel der Angriffe, sondern lediglich notwendig mitbetroffen.

Es spricht viel dafür, dass die Auswirkungen der israelischen Kriegsführung auf die palästinensische Gruppe so massiv sind, dass darin Verletzungen des humanitären Völkerrechts (*ius in bello*) zu sehen sind. Dies begründet nach unserer Überzeugung den Vorwurf der Kriegsverbrechen. Zudem wird man von einem systematischen und ausgedehnten Angriff auf die Zivilbevölkerung ausgehen können, so dass auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Betracht kommen. In diese Richtung gehen derzeit auch die

¹ S. die im Verfahren Südafrika v. Israel abgegebenen *Stellungnahme*, para. 28: „Ireland construes the mental element of the crime of genocide as being satisfied where the perpetrator has acted deliberately, in a manner designed to destroy, or contribute to the destruction of, the protected group in whole or in part as his or her purpose. Furthermore, in Ireland’s view, specific intent can also be inferred in any case where a reasonable person would have foreseen that the natural and probable consequence of the acts of the perpetrator was to so destroy or contribute to destruction of the protected group, and the perpetrator was reckless as to whether those acts would do so.“

² Israel muss sein counter memorial bis 12.1.2026 einreichen, dann wird es wohl reply und rejoinder geben, so dass nicht vor Mitte 2027 mit einer Verhandlung (on the merits) zu rechnen ist.

Ermittlungen des Internationalen Strafgerichtshofs. In Gaza geschieht also schwerstes völkerrechtliches Unrecht, hervorgerufen durch die israelische Kriegsführung. Wer gleichwohl darüber hinaus auch von Genozid sprechen will, muss beweisen, dass es sich bei dem Vorbringen Israels um Schutzbehauptungen handelt und tatsächlich die Gruppe der Palästinenser als solche das eigentliche Ziel der Gewaltakte ist.

In seiner zweiten **Verfügung vom 28. März 2024** in der Sache Südafrika gegen Israel hat der IGH durchblicken lassen, dass ein Genozid auch durch die Vorenthaltung humanitärer Hilfen begangen werden kann. Insoweit ließe sich überlegen, ob man die Zerstörungsabsicht aus der systematischen Abriegelung des Gaza-Streifens herleiten kann. Auch insoweit muss aber berücksichtigt werden, dass Israel sicherheitspolitische Erwägungen – namentlich die systematische Entwendung von Hilfslieferungen durch die Hamas und die Unterwanderung von UN-Hilfsorganisationen, insbesondere der **UNRWA**, durch die Hamas – geltend macht. Dies dürfte aber nichts daran ändern, dass der pauschale Ausschluss von Hilfsorganisationen aus Gaza völkerrechtswidrig ist und eine Verletzung der Israel als Besatzungsmacht obliegenden Schutzpflichten darstellt (siehe vor allem Art. 55, 56 der **Vierten Genfer Konvention**). Immerhin weckt das israelische Vorbringen aber Zweifel an der Zerstörungsabsicht (will man nicht auch hier das israelische Vorbringen pauschal als Schutzbehauptung abtun, vor allem weil es keine konkreten Beweise für seine Vorwürfe gegen die Hilfsorganisationen vorbringt, so zuletzt etwa UNRWA-Leiter *Lazzarini* im **BBC Interview**). Hinzu kommt, dass Israel aufgrund diplomatischen Drucks mittlerweile wieder (wenn auch in sehr begrenztem Umfang) Hilfslieferungen erlaubt.

Auch wenn daher insbesondere unter Beachtung legitimer israelischer Sicherheitsinteressen Zurückhaltung beim Genozidvorwurf geboten ist, so haben sich in den letzten Tagen und Wochen dennoch die Indizien eines Genozids verdichtet. Je länger die militärische Gewaltanwendung und das damit verbundene Leid der Zivilbevölkerung anhält, desto schwächer wird

der Bezug zum mittlerweile über 15 Monate zurückliegenden Terrorangriff der Hamas und damit zum israelischen Selbstverteidigungsrecht. Die Kriegsführung ist äußerst brutal und **unverhältnismäßig**. Man denke nur an die jüngste Bombardierung einer als Schutzraum genutzten **Schule**, bei der dutzende Menschen ums Leben gekommen sind – darunter auch zahlreiche Kinder. Nach UN-Angaben sind allein zwischen dem 15. und dem 25. Mai **180.000** Menschen in und aus Gaza vertrieben worden. Begleitet werden die israelischen Militäraktionen von Rufen höchster Regierungsvertreter nach ethnischer Säuberung und Umsiedlung. Besonders gravierend sind die Äußerungen des israelischen Ministers Bezael Smotrich, der von der totalen Zerstörung Gazas spricht und die palästinensische Bevölkerung in einer kleinen „humanitären Zone“ konzentrieren will (siehe **hier** und **hier**). Aber auch Ministerpräsident Benjamin **Netanyahu** kündigte jüngst an, dass Israel seine militärischen Bemühungen weiter verstärken werde und dabei die palästinensische Bevölkerung umgesiedelt werden würde. Vor diesem Hintergrund kritisiert der ehemalige israelische Ministerpräsident Ehud **Olmert** die „monströsen Ausmaße“, die die Gewalt im Gaza angenommen habe. Die Zivilbevölkerung werde unter Missachtung des humanitär-völkerrechtlichen Unterscheidungsgrundsatz angegriffen; ein legitimes Kriegsziel sei nicht mehr erkennbar. Konnte man noch in den ersten Monaten dieses Gazakriegs den Genozidvorwurf relativ leicht unter Verweis auf die hohe Schwelle der Zerstörungsabsicht zurückweisen (wie von einem dieser Autoren auch **hier** getan), so fällt dies mit jedem Tag, den dieser Krieg in dieser Form weitergeht, schwerer. Anders gesagt, spricht die Dynamik des Konfliktgeschehens in einer Gesamtschau mittlerweile eher für statt gegen einen Genozid. Insoweit gilt eben auch, dass die Zerstörungsabsicht nicht der einzige Beweggrund des Täters bzw. des Täterkollektivs sein muss. Sie kann durchaus mit militärischen Zielsetzungen und sicherheitspolitischen Erwägungen zusammenreffen.³

³ Dies entspricht der Rechtsprechung des ICTY, *Jelisić*, para. 49 („The personal motive of the perpetrator of the crime of genocide may be, for example, to obtain personal economic benefits, or political advantage or some form of power. The existence of a personal motive does not preclude the perpetrator from also having the specific intent to commit genocide.”).

Debadatta Bose

Taking Labour Law for a Ride

Why the Gig Economy Must Have Labour Anti-Avoidance Rules

doi: 10.59704/3f9c05dbce9d3db5



“Decent work in the platform economy” is one of the items the ILO will discuss during its upcoming [113th International Labour Conference](#) from 2 to 13 June 2025 – a first in the ILO’s history. In deciding to put the item on the agenda [2 years ago](#), the ILO Governing Body noted that “[p]roper classification of the employment relationship was fundamental to the application of fundamental rights and other standards, as platform workers who were misclassified were deprived of the most basic labour protections.” This was a critical point of [contention](#) among countries, employers and workers at the ILO, and thus brought the item on this year’s agenda. Proper classification of employment relationships remains a challenge, not just for the ILO. So, what exactly is the problem and how can we solve it?

The context

The consequences of classification are serious. In a report published this May called the “[Gig Trap](#)”, Human Rights Watch highlighted that the gig economy is “a labor model that traps people in poverty”. The gig economy offers a specious choice: you may either have the freedom to work on your own terms – whenever you want, however you want – or security of labour protections. Consider Deliveroo, for example, which is a food delivery company (like Thuisbezorgd in The Netherlands, DoorDash in the US, and Swiggy in India). It listed its stock on the London Stock Exchange in 2021, for which it [published its prospectus](#) outlining to (potential) investors what the risks to its business are. The section on ‘Riders’ highlights this Faustian bargain between flexibility and precarity.

The first sentence of the section starts with [the fundamental promise of the gig economy](#): “Riders

partner with us for the freedom to work when, where and how frequently they want.” This is the essence of this modern construction of work: that people may accept or deny specific task-based services on a platform app which lets them retain control over how much they work and on what. The platform, in return charges a fee from the rider (and usually also the customer and the restaurant) for connecting them for the transaction. On the face of it, this model gives immense power to the worker over their work. However, since this is a purely transactional arrangement, riders are usually not employees but independent contractors. This last point is a critical feature of the construction of the gig economy through creative contracting. The novelty of the gig model “creates a veneer of legitimacy and shields them from government scrutiny, while portraying their business model as ‘innovative’ rather than exploitative”, Human Rights Watch explains in their Gig Trap report. They go on to say that “the misclassification of workers as independent contractors rather than employees, is at the heart of the problem.”

The same page of the Deliveroo prospectus that outlines rider freedom, ends with the following sentence in bold: “Our business would be adversely affected if our rider model or approach to rider status and our operating practices were successfully challenged or if changes in law require us to reclassify our riders as employees.” Why would classifying riders as employees be a threat? Deliveroo notes that in Italy, for example, a determination that riders are quasi-employees means that they may be “entitle[d] [...] to receive the same benefits as employees, including the minimum wage for time worked, paid holidays, paid sick leave and severance entitlements” which “could

have a material impact on [Deliveroo's] business.” This material impact does not arise only from benefits that riders would get upon countries reclassifying them as employees but because Deliveroo may also be subject to “government penalties for non-compliance with applicable law, including health and safety standards.” Deliveroo thus promises to investors in the prospectus that, “we will continue challenging or appealing any unfavourable decisions taken by governmental agencies”. However, they may not be [successful in doing so all the time](#). This may not be surprising since most of these entitlements are human rights outlined in the [ICESCR](#).

The question

The fundamental challenge to grapple with at the ILO Conference would be that the rider freedom that underpins the gig model thus [takes away with one hand what it gives in another](#). This contractual creativity creates a paradox: riders gain nominal freedom but lose social security; riders are deemed essential workers, and [yet are unable](#) to reap the benefits of their critical work for society. Many gig companies perform quite poorly on [fair working metrics](#) (including zero scores for some like DoorDash, Lyft and Uber in the US). This begs the question: how does this business model implicate the law? The ILO seems to look at “workers” [without regard to their employment status](#) in context of the upcoming platform economy standard-setting discussion. Should the standards be a minimum floor of protection for any labour relationship no matter how it is structured (e.g., as an independent contractor or an employee relationship)?

Contrasting the gig economy construction to tax law provides us with an interesting insight. Tax law has what is called “[general anti-avoidance rules](#)” which allows tax authorities to deny tax benefits if a corporate organisation or transaction is [structured to avoid tax](#) through creative accounting *within the boundaries of law*. Should creative contracting within the bounds of law be subject to similar principles in case it avoids labour obligations? My task here is not to outline a detailed proposal for such labour anti-avoidance rules but to raise the question: why not?

Whereas general anti-avoidance rules in tax law preserve tax base integrity for countries, general labour anti-avoidance rules would preserve the integrity of labour rights for people.

The idea

Fundamentally, contracting must have *some* minimum floor, no matter how creatively it can enable avoiding legal obligations. We can debate about *what* that minimum floor is, but a good starting point is the universal standard of the ICESCR which includes, among others, fair wages and safe and healthy working conditions (art. 7), social security (art. 9) etc. or the ILO Fundamental Principles and Rights at Work. Can contract law empower companies to work around labour law and human rights standards? Both international human rights law and the core jurisprudential ethos of private law aim towards respect for *people* – the protection of human dignity – the former in the state-citizen relationship and the latter in the interpersonal relationship. As such, contract law [should have a minimum floor](#) below which this interpersonal respect, founded on a universal commitment to human rights across polities, cannot exist. Human rights, as a result, outline the limits of contract law. It implicates the kind of contracts that define the work relationship in the gig economy. What the precise contours of these limits are require not only academic analysis but also democratic deliberation. Does it include social security? Does it include minimum wages? Does it include paid holidays? Whatever the case may be, it is hard to defend a position that contract law contains *no* limits, especially when it structures a work relationship in ways that have a material impact on human rights otherwise protected both by international law and national public law.

Labour anti-avoidance rules may be a counter-creative approach to creative contracting designed to avoid labour compliance and obligations, as an effectuation of the limits of contract law powers conferred upon private parties. Such a catch-all rule could give wide protections to workers in the gig economy while also allowing contractual freedom to construct relationships the way companies may want other than to

avoid complying with labour rights. To be clear: I base my justification of labour anti-avoidance rules on contract law's [endogenous requirements](#) to respect human rights interpersonally, not on human rights treaty law. The jurisprudential argument I outlined in this piece is abstracted out of national legal systems, leaving the precise translation mechanism from state-centric human rights into doctrinal contract law prescriptions for particular legal systems for another day. In essence, the underlying basis remains that “the freedom to work when, where and how frequently [people] want”, as Deliveroo put it, must lead to empowerment, not servitude. This is what any global labour standard should strive for.

Luis Fernando Paiz Lemus

Legality Over Accountability?

How to Resolve the Rule of Law Dilemma in Guatemala

doi: 10.59704/ee098e482c30637e



Guatemala, Wednesday, April 23, 2025: Public prosecutors execute an [arrest warrant](#) against Luis Pacheco, the Deputy Energy Minister and former president of “[48 Cantones](#)” – a traditional self-governing body of the indigenous *K’iche’ Maya*, rooted in the 19th century. It represents the interests of 48 communities in the region of Totonicapán and has long been recognized as a key actor in both local and national affairs. Pacheco is being detained under allegations of sedition, terrorism and illicit association due to the group’s involvement in the “[Paro Nacional 2023](#)”, a nationwide backlash against a coup d’état attempt led by the Attorney General Office. His arrest has triggered international condemnation by the [European Union](#), [Mexico](#), the [Inter-American Commission on Human Rights](#) and many [international organizations](#).

This case is only the latest in a series of politically motivated prosecutions that place Attorney General (AG) María Consuelo Porras at the center of Guatemala’s democratic backsliding. She has [systematically targeted](#) journalists, public officials and civil society actors, undermining democracy, the rule of law, and fundamental rights without any effective accountability mechanism in place. Those under attack share a common trait: They either fought against corruption or defended democratic institutions.

This raises an urgent question: What can be done when legal mechanisms to hold public officials accountable are effectively blocked? In this post, I argue that in contexts like Guatemala, it is not enough to claim that “the law does not allow it”. When there are credible grounds to believe that a public official is abusing their mandate, accountability must take precedence in legal and political debate. That may require thinking beyond existing procedures – while remaining

firmly within the constitutional framework and aligned with international standards.

A brief overview of the context

The “[Paro Nacional](#)”, which started in October 2023, was a nationwide [movement led by 48 Cantones](#) and other indigenous organizations to defend Guatemalan democracy. It brought the country to a standstill and united diverse groups around a shared goal: stopping an attempted coup d’état. In order to understand this, we must go back to June 2023, when the political outsider Bernardo Arévalo and his political party *Movimiento Semilla* unexpectedly advanced to the second round of voting in the presidential election. Known for his anti-corruption stance, academic credentials, and professional integrity, Arévalo was clearly not the candidate of the political establishment, which sought to preserve its privileges and impunity. In August 2023, Arévalo went on to win the presidency.

His victory triggered a coordinated attempt to delegitimize the electoral outcome and block his [inauguration](#) – in effect, a coup attempt. The main face of this attempt was AG María Consuelo Porras. As head of the Public Prosecutor Office, responsible for criminal investigations and prosecutions, she used her authority – along with a network of public prosecutors and judges – to turn the legal system into a tool for an antidemocratic maneuver.

The AG’s actions were numerous, but two stand out for their severity: a) Her office initiated a spurious criminal investigation on the creation of Arévalo’s political party and through a judge of contested credibility, they managed to [suspend](#) Arévalo’s party in a criminal proceeding, despite the fact that a criminal

judge does not have jurisdiction for this; and, b) she sought to undermine the [legitimacy](#) of the elections based on bogus legal arguments.

These actions reveal a clear strategy: Not only to attack Arévalo's party, but to discredit the integrity of the elections – contrary to what the electoral authority and [international organizations](#) had stated.

The President's response to Pacheco's arrest

Just hours after news about Pacheco's arrest broke on 23 April, President Bernardo Arévalo held a [press conference](#) to denounce the AG as a threat to democracy and to call for peaceful public protest. He urged the Congress to pass legal reforms that would allow him to dismiss the AG – an outcome that, given the pro-impunity majority in Congress, seems highly unlikely.

In the same press conference, the President stated that he was confident a fair judge would quickly dismiss Pacheco's case. Instead, on April 25, a judge ordered [pretrial detention](#) for Pacheco and fellow indigenous leader Hector Chaclán.

On April 29, the President convened [another press conference](#) – this time alongside Indigenous leaders – to announce specific measures. He announced that his government had filed an *amparo* (a constitutional challenge) against the AG before the Constitutional Court and claimed to be activating national and international mechanisms to document the AG's abuses, though without providing further detail. In an unusual move, he called on the AG to make commitments to Indigenous communities. Although the press conference demonstrated unity between the government and Indigenous communities, most of the actions announced by the President lacked tangible impact. The President's position also marks a notable shift: In January 2025, he had previously declared in interviews that no further action could be taken and that he would wait for the end of the AG's mandate to [appoint a new AG](#), warning that any illegal action [could endanger his government](#).

The current change in tone, however, could provide a window of opportunity – one that allows for

concrete proposals and a renewed debate about the AG's role and accountability.

Unpacking the Rule of Law dilemma

Article 251 of the Guatemalan Constitution states that “[t]he President may remove the Attorney General for just cause, duly established”. The original text of *Ley Orgánica del Ministerio Público* (a rule which regulates all matters concerning the Attorney General Office) outlined two scenarios in which the President could exercise the constitutional power to remove the AG: a) If the AG committed an intentional crime and was convicted in trial, during their mandate; and b) in cases of poor performance of its obligations. As we can see, the second scenario leaves the door wide open for the President to essentially justify the removal of the AG without due process based on a broad interpretation – a practice that has occurred [multiple times](#).

To prevent such abuses and strengthen prosecutorial independence, the UN International Commission Against Impunity and the former AG Thelma Aldana, pushed for [reforms](#). As a result, Article 14 of the current *Ley Orgánica del Ministerio Público* now stipulates that the AG can only be removed “[...] due to intentional crime, convicted in trial, committed during their mandate”.

However, this reform has created a paradox. The process for removing the AG hinges on a criminal conviction in trial, yet this trial is entirely under the AG's authority. This structural conflict of interest severely limits the feasibility of any impartial removal process, effectively shielding the AG from accountability. In practice, nothing moves in the Public Prosecutor's Office without the AG's approval. The AG can remove prosecutors without [due process](#) and appoints prosecutors with serious [allegations of corruption](#), and raise [salaries](#) – all to foster loyalty and maintain control over criminal proceedings.

Why is the discussion about removing the Attorney General on the table?

The AG's actions have been extensively documented by many actors. In its 2024 [report on Guatemala](#), Human Rights Watch denounced the continued criminaliza-

tion of human rights actors by the AG's office, including orchestrating spurious criminal prosecutions against them. Moreover, the United Nations High Commissioner for Human Rights concluded in the [2024 Annual Report about Guatemala](#) that the Public Prosecutor Office perpetuates the criminalization of human rights defenders, thus ensuring impunity.

Notably, the AG herself, along with her advisors, close staff, and some judges aligned with her, have been subject to international sanctions by the [United States](#), the [Council of the European Union](#), [Switzerland](#), and the [United Kingdom](#) for their involvement in corruption and the attempted coup in 2023.

The Inter-American Commission on Human Rights has played a key role to document the actions and to present alternatives. In their 2023 Annual Report, in [Chapter IV. b](#) about Guatemala, the Commission clearly states that the AG's Office has played a key role in weakening the rule of law through the criminalization of justice operators, human rights defenders, and journalists, as well as its involvement in undermining the 2023 general elections, jeopardizing democratic stability, and undermining the separation of powers.

Following an invitation of Arévalo's government, the Commission conducted an on-site visit to Guatemala in July 2024. In its [Preliminary Observations](#), the Commission highlighted the instrumentalization of the criminal justice system against anti-corruption actors. It recommended – most notably in recommendation Nr. 6 – an independent review of the Attorney General's office and its impact on human rights. The Commission also identified systematic patterns of the instrumentalization of criminal law: Violations of due process; a high number of complaints against the same individuals to complicate their defense and the processing of baseless claims as a method of sustained harassment.

A way out?

There is no clear-cut legal pathway within the Guatemalan law to address this unprecedented situation – but that cannot be the end of the road. The Constitution and the Law of the Executive empower

the President, together with his cabinet, to issue “*Acuerdos Gubernativos*”: administrative acts aimed at adopting specific decisions or to regulate laws within the executive's competence.

To answer the main question of this post, I propose that the President issues an *Acuerdo Gubernativo* establishing an administrative process to review the AG's actions. The executive already made a tentative attempt in late 2024 by issuing the *Acuerdo Gubernativo* 200-2024, which aimed to coordinate compliance with international human rights standards and invited the AG to participate. However, the Constitutional Court [struck](#) down this initiative.

The new proposal, however, might stand a better chance if certain key elements are fulfilled. First, the process should include members of all three branches of government, independent experts and civil-society representatives. This kind of composition could create the political will to address the elephant in the room and would likely garner strong public support.

Second, the process must align with international standards on prosecutorial conduct, including those established by the [United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders](#), the Inter-American Court of Human Rights standards in [Cuya Lavy v. Perú](#) or the [Venice Commission](#) report. These standards can be summarized as follows: a) Grounds for dismissal must be clearly defined; b) the process must guarantee fair trial; and c) a judicial trial is not mandatory to review the AG's conduct.

Finally, several legal and political factors support this proposal. The President holds the exclusive authority to remove the Attorney General for just cause. Yet, the existing removal mechanism has proven unworkable, effectively placing the Attorney General above the law and undermining both the President's authority and the rule of law itself. Moreover, the Inter-American Commission on Human Rights has explicitly recommended an independent review of the Attorney General's actions. Given Guatemala's binding obligations under the Inter-American human rights system – particularly the duty to take concrete measures to prevent human rights violations – the

President and the broader state apparatus must take this issue seriously.

If conducted transparently and efficiently, this process could result in a well-reasoned recommendation based on the AG's performance. This, in turn, could provide the President with the legal and political foundation to act decisively within the constitutional framework and initiate the removal of the AG based on a transparent and legitimate process. Still, "all roads lead to Rome" – whether the President follows this route, waits for legislative reform, or attempts a direct dismissal, any action will ultimately be subject to review by the Constitutional Court.

This proposal is intended to foster solutions. If Guatemala aspires to genuine democracy, it cannot allow its AG to leave office unexamined. The President must seize this opportunity to restore accountability.

Samer Alnasir

From Syrian Revolution to Constitutional Ambiguity

The New Temporary Constitutional Declaration Reinforces Individual Rule

doi: 10.59704/9e398c480a4bf6ac



The remarkable yet tragic victory of the Syrian revolution, following a brutal fifteen-year struggle, marked by hundreds of thousands of deaths and the displacement of millions, finally reached its turning point on December 7, 2024. Unlike the multiple coups of the 1950s and 1960s, where new rulers immediately sought to establish their legal status, the current de facto leader, Ahmad al-Sharaa, has declared a five-year transitional period, for which he has issued a temporary Constitutional Declaration. Although the Constitutional Declaration formally guarantees equality, it omits even minimal democratic safeguards and offers no meaningful assurance of separation of powers or checks and balances. It thereby reinforces authoritarian power and individual rule. Instead, the principles that fuelled the revolution – freedom and democracy – are entirely absent. As such, the current Constitutional Declaration cannot be considered a true constitution of the Syrian people.

The newly formed victorious authority remained absent from the public sphere for fifty days following the regime's defeat – a symbolic gesture marking fifty years of repression. When it finally emerged, it did so without presenting any foundational constitutional declaration. The so-called Victorious Congress was, in essence, nothing more than a ceremonial event to appoint a state president – an individual who had already been exercising de facto constitutional authority absent any formal, minimalist constitutional declaration or even basic constitutional principles. Under the mandate of the Victorious Congress – but without a previously established constitutional framework –

the newly appointed President then signed the temporary Constitutional Declaration, intended to govern Syria throughout the next five-year transitional period.

An ambivalent document

This Constitutional Declaration is an ambivalent document. Some of its developments are – at least on paper – explicitly progressive. For example, the Constitutional Declaration enshrines equal citizenship rights, with Article 10 explicitly prohibiting discrimination based on race, religion, gender, or affiliation. Article 21 extends additional protections for women's status in society, reinforcing their role in the family, access to education, and equal employment opportunities – marking a substantive step of progress in comparison to previous constitutional frameworks.

Other provisions represent more subtle but nonetheless noteworthy changes. For example, Article 3.1 reaffirms that “Islamic jurisprudence is the main source of legislation” (Art. 3.2). This marks a significant change in nuance compared to Article 3.2 of the 2012 Constitution, which defined Islamic jurisprudence merely as “a principal source”. The revised formulation emphasises the centrality of Islamic jurisprudence in the legal system, though this semantic shift is also not entirely unprecedented. It first appeared in the 1953 Constitution, was omitted in the Constitutions of 1958 and 1961, only to be reinforced by the 1962 Constitution and preserved in the temporary Constitutions of 1969 and 1971. Secondly, although the Constitutional Declaration does not explicitly abolish compulsory military service, it

repeatedly associates the term “national army” with the principle of “professionalism” (Art. 9.1, 48.8). This wording suggests a subtle departure from the decades-long practice that epitomised the former regime’s authoritarian grip on military conscription.

Yet other provisions troubling echo Syria’s prior constitutional structures. Most importantly, the state structure outlined in the new text largely replicates the centralised presidential system of its predecessors. This excessive concentration of power in the hands of the President is a critical drawback of the Constitutional Declaration, reinforcing patterns of authoritarian governance from the past.

A judiciary between ambiguity, dependence and isolation

While the Declaration pays lip service to the separation of powers (Art. 2), this commitment is undermined from the outset by the executive’s sweeping authority over the judiciary. The Constitutional Court alone is fully appointed by the President without any form of parliamentary oversight or participation. This raises serious questions about its capacity to function as an effective counterbalance to the President’s extensive powers. The Constitutional Declaration also fails to specify the Court’s competencies or its role within the transitional framework, leaving its function ambiguous and potentially subject to political manipulation.

The consequences of such institutional ambiguity concerning the judiciary have become particularly evident in the creation of the newly erected Transitional Justice Committee (Article 49). On May 17th, the Syrian presidency issued a presidential decree – [announced via its official Twitter account](#) – establishing the Committee and appointing its chair. While citing the Constitutional Declaration as its legal basis, the decree grants the chair broad authority to form a working group and draft the Committee’s internal statute within 30 days. It then vaguely instructs the Committee to act “in coordination with the concerned entities” to uncover the truth about, prosecute those responsible for, and provide restitution for victims of the prior regime. Yet Article 49 of the Declaration does

not explicitly anticipate such prosecutorial or quasi-judicial functions; it envisions the Committee primarily as a consultative platform generating ideas on transitional justice. The decree thus appears to exceed the Declaration’s original intent, creating uncertain lines of authority – particularly regarding whether the Committee will operate under or alongside the public prosecutor, the judiciary, or as an independent body with autonomous investigative and direct judicial powers.

Besides this, the Constitutional Declaration preserves the status quo of the administrative justice system by maintaining its institutional isolation (Art. 45.3). It thereby reinforces a highly centralised model of governance reminiscent of Syria’s earlier constitutional structures: Under previous regimes in Syria, administrative justice was largely exercised through internal administrative oversight mechanisms controlled by the ruling Ba’ath party. Administrative review was conducted within the bureaucracy itself, limited in scope to internal personnel disputes and select administrative contracts, and handled by administrative agents rather than independent, professional judges. The Constitutional Declaration reaffirms this structure by explicitly preserving the existing framework. By excluding administrative justice from such judicial integration, the Declaration effectively forecloses any immediate prospects for democratising administrative judicial review. This perpetuates a system of centralised, unipersonal administrative governance devoid of meaningful separation of powers and checks and balances.

Self-referential presidential authority

The President’s excessive power also reaches deeply into Parliament. He has the sole discretion to appoint one-third of the National Assembly, while the remaining two-thirds are selected by a Commission that he himself designates. The text also fails to specify the total number of parliamentary seats, leaving a critical ambiguity in legislative representation. This circular and opaque mechanism ensures presidential control over the entire legislature. Indeed, the absence of even minimalist elections erodes any pretense of represen-

tative democracy. Beyond this, the Declaration also provides no alternative, meaningful mechanisms ensuring presidential accountability – there are no provisions for impeachment, or a framework of succession beyond internal appointment. Instead, Article 34 grants the President exclusive authority to appoint, dismiss, or accept the resignation of Vice Presidents. In the event of a presidential vacancy, the first Vice President simply assumes power, entirely bypassing parliamentary oversight.

Article 33 further reinforces the president's power over parliament: After the President has appointed the members of parliament, he proceeds to take his *oath* before the very body he created. At the same time, Article 27 mandates that parliament members swear their oath not before the parliamentary speaker, but directly before the President who appointed them. These norms of institutional design risk entrenching a system of self-referential authority and executive dominance, replicating the authoritarian dynamics of the previous regime.

Bypassing parliament

Lastly, the President's bypassing of parliament extends even beyond formal matters institutional design. It also reaches into critical matters of state sovereignty – most notably, the authority to declare war. Article 41 grants the President the unilateral power to initiate war, subject only to the approval of the National Security Council. This Council is composed almost entirely of figures directly appointed by or closely aligned with the President, including the ministers of defence, foreign affairs, and interior, the intelligence chief, and two additional presidential advisors. Traditionally, the power to declare war is a core constitutional function of parliament, intended as a democratic check on executive militarism. By circumventing parliamentary involvement entirely, the Declaration not only consolidates power in the executive but also strips Parliament of any meaningful role. What ultimately remains is a body reduced to institutional aesthetics – its presence serves more to simulate the appearance of democratic process than to enact it.

In addition to declaring war, the President may also impose martial law across the country – fully or partially – for a three-month period without any initial parliamentary involvement. Consultation is required only with the President of Parliament and the President of the Constitutional Court, but neither holds veto power. Parliamentary approval is only required for renewals beyond three months, leaving significant executive leeway to suppress civil liberties during this transitional period.

Finally, Article 50 grants the President the exclusive power to propose constitutional amendments, requiring two-thirds approval from the parliament. However, given that the parliament itself is presidentially appointed, this provision effectively eliminates any independent amendment process, further consolidating executive authority.

Reconfiguring authoritarianism

So, instead of laying the foundation for a new political order based on inclusion, participation, and institutional balance, the Constitutional Declarations reinforces the same patterns of power personalization and lack of separation of powers and checks and balances that characterised the previous regime. In fact, rather than a democratic transition, it appears to be a reconfiguration of authoritarianism under a new nomenclature of constitutional aestheticism. Indeed, the most accurate adjective to describe the new governance structure in Syria is that of a *de facto* regime, now coupled with the category of *de facto* constitutionalism. While *de facto* states typically emerge from prolonged popular struggles, this case presents an unusual paradox: a popular victory over a repressive government that – instead of translating into a new constitutional legitimacy – is being managed with deliberate legal ambiguity.

One might argue that the extraordinary concentration of presidential power is a necessary measure in the fragile context of post-conflict state-building – that strong, centralised authority is needed to maintain cohesion, ensure security, and resist fragmentation. But this claim is deeply problematic in itself. First, it assumes that authoritarian executive control is

the only or best path to stability, a claim historically disproven in the Syrian context. Second, by excluding freedom, democracy, and even basic mechanisms of accountability from the constitutional framework, the Declaration risks reconstituting authoritarianism under a revolutionary guise. In doing so, it betrays the very principles – popular sovereignty, participatory governance, and constitutional legitimacy – that animated the revolution in the first place.

The key question, then, is whether this formal document will serve as the foundation for a new political order or simply represent another iteration of Syria's entrenched authoritarian legacy. This transitional period can still lead to a more inclusive and democratic governance model in the end – or it may simply further consolidate centralised power in the hands of the executive. The answer depends not only on the internal dynamics of Syria's political forces but also on the extent of interference and pressure exerted by civil society and the international community on the constitutional-building process in the coming years.



Verfassungsblog

Verfassungsblog is a not-for-profit academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

Check out [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de) to discover all our articles, debates and other resources.



Our Books

We've got more open access books on other topics available for you at [Verfassungsblog.de/Books](https://www.verfassungsblog.de/Books).



Our Journal

With Verfassungsblatt, we collate a month's worth of texts that have been published on the blog into one publication. This format enables our readers to better keep an eye on which topics were important in a given month and to more easily find what interests them. Take a look at [Verfassungsblog.de/Blatt](https://www.verfassungsblog.de/Blatt).



Support Us

As a not-for-profit organisation, Verfassungsblog relies on its readers' support. You can help us keep up our work by making a donation [here](#).

