

12/2025
Dezember

Verfassungs blatt

Verfassungsblog
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20260326-134518-0
URN urn:nbn:de:0301-20260326-134518-0-6

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

Parteien Political Parties

- Johannes Maurer & Niklas Spahr*
Mehr als Lex NPD : Der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG als Alternative zum Verbot großer Parteien 2407
- Halina Wawzyniak*
An der Sache vorbei : Zur Entscheidung des Wahlprüfungsausschusses in Sachen BSW 2411

Bundesverfassungsgericht Federal Constitutional Court

- Sinan Kurt*
(K)ein Befreiungsschlag im Besoldungsrecht : Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Berliner Beamtenbesoldung 2417
- Liam Draf & Gunnar Duttge*
Wenn Persönlichkeitsrechte auf der Strecke bleiben : Neues aus Karlsruhe zur Verdachtsberichterstattung 2421
- Benedikt Riedl*
Gekommen, um zu bleiben : Warum wir auch nach Egenberger die Ultra-vires-Kontrolle institutionalisieren müssen 2425
- Johannes Schäffer*
Verfassungsrecht nur der Form halber : Das Zitiergebot und sein Update im „Martinstor-Beschluss“ 2429

Straf- und Sicherheitsrecht Crime, Security & Law

- Finn Preiss & Laurids Hempel*
Drohnenabwehr durch die Bundeswehr : Der geplante § 15a LuftSiG im Gefüge innerer und äußerer Sicherheit 2433
- Paulina Böhm & Antonia Stummvoll*
Frauen ausgenommen : Wen schützt das Grundgesetz vor dem verpflichtenden Wehrdienst? 2438
- Sven Altenburger*
Die Last der Soldaten : Egalitäre Defizite von Wehrpflichten und das Gebot einer Dienstpflicht 2442
- Luca Manns*
Die Verfassungstreue der deutschen Agenten-Ausbilder : Zur Entscheidung des BVerwG über den ethnisch-kulturellen Volksbegriff eines BND-Professors 2446
- Christian Walburg*
Wer ist „wir“? : Zur neuerlichen Debatte über die Debatte über Migrantenkriminalität 2451
- Hans Kudlich & Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*
Müssen stete Tropfen hier einen Stein höhlen? : K.O.-Tropfen und Grenzen legislativer Reaktion 2455

Verschiedenes Miscellaneous

- Nahed Samour*
„Legalistischer Islamismus“ : Warum der Begriff rechtsstaatlich gefährlich ist 2459
- Reut Yael Paz*
Antisemitism on Trial : German Courts in a Polarized Era 2462
- Stefan Kühl*
Wenn der alte Wein besser schmeckt : Die vergessenen Einsichten einer Diskussion vor fünfzig Jahren zu Praxis-Checks in der Gesetzgebung 2467
- Senol Becirovski*
Zwischen Symbol und Status : Die Anerkennung Palästinas und ihre (aufenthalts-)rechtlichen Folgen für in Deutschland lebende Palästinenser:innen 2471

Europa Europe

EU EU

Kati Cseres & Ana-Caterina Ciusca

The EU's Chance to Curb Media Capture : Blikk Acquisition in Hungary and the Boundaries of the New European Media Freedom Act

2479

Daniel Schönfelder & Michaela Streibelt

Only Half Thrown Under the Bus : The CSDDD and LkSG after Omnibus I

2484

Til Leichsenring & Julia Popp

From Security to Economics : Freezing Russian Assets under Article 122(1) TFEU Violates the Treaties

2488

Peter van Elsuwege

Walking a Tightrope : On the Legal Stakes of the EU's Proposed Reparations Loan for Ukraine

2492

Simon Geiersbach

Eingefroren, aber nutzbar : Warum ein Reparationsdarlehen eine Alternative zur Konfiskation russischen Zentralbankvermögens ist

2496

Migration & Asyl Migration & Asylum

Jasper Krommendijk & Lina Sophie Möller

A Divided Response to Migration : On the Council of Europe's December Meeting

2500

Hannah Pütter & Salvo Nicolosi

The Ghost of Dublin Still Among Us : Implementing Solidarity under the New European Pact on Migration and Asylum

2503

Rebecca Stern

When Permanent Turns Temporary : Recent Developments in Swedish Migration Policy

2506

Adam Ploszka

Money Talks, Discrimination Walks : Anti-immigration Resolutions by Local Governments in Poland

2509

Digitales Digital

Marc Bovermann

The Limits of Symbolic Regulation : Why the EU Should Not Enforce the DSA (right now)

2512

Stefania di Stefano & Suzanne Vergnolle

Hack the DSA : Four Actionable Ways to Improve DSA Reporting

2515

Daphne Keller

The Stakes of "Publicly Accessible" : Researchers' Rights to Data under the DSA

2519

Michael FitzGerald

Judicial De-Simplification : Interpreting Russmedia, the GDPR, and Intermediary Liability in the European Union

2525

Erik Tuchtfeld

A General Obligation to Monitor : How the ECJ Is Turning the Liability Regime of European Platform Regulation on Its Head

2530

Erik Tuchtfeld

Eine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung : Wie der EuGH das Haftungsregime der europäischen Plattformregulierung auf den Kopf stellt

2535

Marius Kühne & Andreas Kanakakis

Patchwork Policing : The Fragmented Regulation of Police AI in Germany, France, and Luxembourg

2540

Michał Czerniawski

EU's Digital Sovereignty and the Rights-Based Imperative : Linking Enforcement, Competences and Fundamental Rights

2543

René Mahieu

The Ominous Omnibus : Dismantling the Right of Access to Personal Data

2547

Rechtsstaatlichkeit & Demokratie Rule of Law & Democracy

Wojciech Zomerski

Populism Is Here to Stay : On the Perils of Democratic Restoration in Poland

2551

Ulrich Wagrandl

Scharf, lückenhaft, unterbelichtet : Wie wehrhafte Demokratie in Österreich funktioniert

2555

<i>Wojciech Sadurski</i> The CJEU Versus the Constitutional Tribunal in Poland : On the CJEU's Judgment in Case C-448/23 (European Commission v. Republic of Poland)	2560
<i>Christina Eckes</i> Europe's Climate Crisis Is a Rule-of-Law Crisis	2563

Gleichgeschlechtliche Ehe Same-Sex Marriage

<i>Alix Schulz</i> Trojan : Towards Full Recognition of Same-Sex Marriages in Europe	2567
<i>Konstantinos Lamprinoudis</i> The Trojan Horse of Free Movement Law : Unfolding Non-Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in "Trojan"	2570
<i>Tommaso Pavone, Silje Synnøve Lyder Hermansen & Louisa Boulaziz</i> Is the European Court of Justice a Protector of the Weak? : What New Litigation Data Reveals About a Longstanding Debate	2574
<i>Matti Warnez</i> The CJEU Providing Ammo in the ECtHR Rainbow Fight : Commentary on the CJEU's Judgment in Cupriak-Trojan (C-713/23)	2577

EGMR ECtHR

<i>Iurie Patrichev</i> Judging Independence : The ECtHR's Danileț Judgment and the Struggle for Judicial Independence in Romania	2581
<i>Margarita S. Ilieva</i> Tampering with the ECtHR : Holding States Accountable for Contempt of Court	2585

International International

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Kai Ambos</i> The Sanctioning of Law : On the US Government's Sanctions Policy Against the International Criminal Court	2588
<i>Kai Ambos</i> Die Sanktionierung des Rechts : Zur Sanktionspolitik der US-Regierung gegen den Internationalen Strafgerichtshof	2593
<i>Evandro Proença Süsskind</i> Bolsonaro's Quasi-Amnesty : Judicial Power, U.S. Influence, and the Limits of Brazilian Democracy	2598
<i>Anmol Jain & Shashank Maheshwari</i> A De Facto Union Veto : How the Indian Supreme Court Consolidated Federal Power Against the States	2602
<i>Shao-Kai Yang</i> Taiwan's Constitutional Grey Hole : The Constitutional Court in Paralysis	2606
<i>Safia Southey</i> When Universities Govern : Why the UN Columbia Letter Reframes Campus Power	2609
<i>Alan Bogg & Cynthia Estlund</i> Democracy and Work	2612

Johannes Maurer, Niklas Spahr

Mehr als Lex NPD

Der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung nach Art. 21 Abs. 3 GG als Alternative zum Verbot großer Parteien

doi: 10.59704/7800f42a366112fa



Die Diskussion um ein mögliches AfD-Verbot ist und bleibt virulent. So wies etwa Bundespräsident [Frank-Walter Steinmeier in seiner Rede zum 9. November](#) ausdrücklich auf die Möglichkeit des Parteiverbots hin und adressierte dabei die AfD, ohne sie namentlich zu erwähnen. Steinmeiers Rede wurde umgehend kommentiert: Die [AfD spricht von „Amtsmissbrauch“](#), Wolfgang Kubicki von einem [„schwerwiegenden Fehler“](#). Andere – so der CDU-Abgeordnete Roderich Kiesewetter oder der thüringische Innenminister Georg Maier – sehen in den Äußerungen Steinmeiers einen [wichtigen Beitrag](#) in der Debatte zum Umgang mit der AfD. Wieder einmal zeigt sich, dass in der Diskussion kaum Platz für Zwischentöne ist. In der Tat stehen sich die Positionen weitgehend unversöhnlich gegenüber. Keine der beiden Seiten ist ernsthaft in der Lage, Zugeständnisse an die andere zu machen, und so gehen [Versuche der Differenzierung](#) angesichts beinahe täglicher Einwürfe von der politischen Seitenlinie regelmäßig unter.

Ob ein Verbotsantrag der richtige Weg im Umgang mit der AfD ist, verkommt mehr und mehr zu einer Debatte von Glaubenssätzen. Während eine Seite in der Verfassung selbst mit ihrer „wehrhaften Demokratie“ ein wesentliches Argument für ein solches Verfahren sieht, hält die andere Seite die strengen Anforderungen an ein Parteiverbot für ein grundsätzliches Argument gegen das Verfahren. Dabei enthält das Grundgesetz selbst keine eindeutige Antwort auf die Frage nach den Risiken und Nebenwirkungen eines Verbotsverfahrens, sondern klärt lediglich dessen Voraussetzungen. Bei aller rechtswissenschaftlichen

Exegese bleibt so unterbelichtet, dass das Grundgesetz mit der Möglichkeit zum Ausschluss einer Partei von der staatlichen Finanzierung in Art. 21 Abs. 3 GG selbst einen Zwischenton zwischen „weiter so“ und Verbot setzt. Dieser Regelung widmet sich der folgende Beitrag und zeigt dabei auf, dass diese auch gegen eine Partei wie die AfD zur Anwendung kommen könnte¹.

Kein verfassungswidriges Verfassungsrecht

Damit Art. 21 Abs. 3 GG auf eine große Partei wie die AfD anwendbar ist, muss die Regelung zunächst verfassungsmäßig sein. Um dies zu begründen, wird häufig ein Erst-Recht-Schluss herangezogen. Wenn schon das Verbot verfassungsgemäß ist, so müsse dies für den bloßen Ausschluss von der Finanzierung ebenso gelten, schließlich sind die Voraussetzungen weitgehend gleich streng. Insofern würde sich der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung nahtlos in die Systematik der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes einfügen, die das BVerfG bereits in der [KPD-Entscheidung](#) als „Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz [...] und dem Bekenntnis zu gewissen, unantastbaren Grundwerten“ ([Rn. 258](#)) beschrieb. Wenngleich dieser Ausgangspunkt ausklammert, dass eine Partei, der die Finanzierung entzogen wurde, als „illegitime Kraft“ am politischen Wettbewerb teilnehmen und so ein neues Phänomen darstellen würde, ist er doch im Ergebnis richtig. Gemessen an Art. 79 Abs. 3 GG ist Art. 21 Abs. 3 GG kein verfassungswidriges Verfassungsrecht. Weder die Schranke des Demokratieprinzips noch die der Menschenwürde in ihrer demokratisch-teilhaberechtlichen Ausprägung werden in

¹ Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Zusammenfassung der wichtigsten Thesen aus [Maurer/Spahr, MIP 2025, S. 284f.](#)

ihren Kernelementen durch den Ausschluss von der staatlichen Finanzierung berührt. Wie auch das Parteiverbot fordert der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung nämlich eine Beeinflussung oder Beeinträchtigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Deren Schutz erstreckt sich jedoch im Rahmen von Art. 21 Abs. 2 und 3 GG auf wenige unverzichtbare Grundprinzipien. Auch der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung kommt demnach erst in Betracht, wenn „dasjenige infrage gestellt und abgelehnt wird, was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar ist und daher außerhalb jedes Streits stehen muss“.

Grundsätzlich gleicher Anwendungsbereich von Verbot und Ausschluss

Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Regelung tatsächlich auch auf große Parteien anwendbar ist. Um dieser Frage nachzugehen, muss das Verhältnis zum Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG in den Blick genommen werden. Der Gesetzgeber schuf die Norm als Reaktion auf die [zweite NPD-Entscheidung](#) des BVerfG, da die NPD nach Ansicht des BVerfG mangels politischer Bedeutung nicht verboten werden konnte. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Parteiverbot und Finanzierungsentzug ist demnach das vom BVerfG in Art. 21 Abs. 2 GG hineingelesene Kriterium der Potenzialität. Eine Partei kann demnach nur verboten werden, wenn neben einer Programmatik, die die bestehende freiheitliche Ordnung beseitigen will, auch die Möglichkeit besteht, dass dieses Ziel erreicht wird. Die NPD wurde damals also von ihrer vollkommenen Bedeutungslosigkeit „gerettet“. Das könnte als Indiz dafür gesehen werden, dass der Finanzierungsentzug nur eine „Lex NPD“ ist und sich ihr Anwendungsbereich in Kleinstparteien erschöpft, die mangels Potenzialität nicht verboten werden können. Dem Wortlaut der Regelungen lässt sich ein solches Rangverhältnis allerdings nicht entnehmen. Während das Verbot voraussetzt, dass die Partei auf die verfassungswidrige Zielsetzung „ausgehen“ muss, verlangt der Finanzierungsentzug lediglich, dass die Partei darauf „ausgerichtet“ ist. Damit beschränkt sich

Art. 21 Abs. 3 GG keineswegs ausdrücklich auf „kleine“ Parteien. Auch dem einfachen Recht ist nicht zu entnehmen, dass vorrangig ein Verbotsverfahren eingeleitet werden muss. § 43 Abs. 1 S. 2 BVerfGG stellt lediglich klar, dass der Antrag auf Ausschluss von der staatlichen Finanzierung hilfsweise zu einem Verbotsantrag gestellt werden kann. Nur weil die Vorschrift im Zuge des gescheiterten NPD-Verbots geschaffen wurde, ist ihr Anwendungsbereich somit nicht auf Parteien beschränkt, deren Struktur der NPD ähnelt.

Ermessensbindung?

Aus dem Verhältnis von Parteiverbot und Finanzierungsentzug kann demnach keine Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 21 Abs. 3 GG abgeleitet werden. Eine solche könnte allerdings aus einer anderen, in der Literatur durchaus verbreiteten Erwägung abgeleitet werden. Wenn die antragsberechtigten Organe verfassungsrechtlich unter bestimmten Bedingungen verpflichtet sind, einen Verbotsantrag zu stellen, wäre es ihnen im Umkehrschluss mindestens in dieser Konstellation verwehrt, gegen dieselbe Partei einen Antrag zu stellen, der sich allein auf den Finanzierungsentzug richtet.

Ob die zur Antragstellung berechtigten Organe unter gewissen Umständen verpflichtet sind, einen Verbotsantrag zu stellen, wird seit Jahrzehnten intensiv diskutiert. Das erstaunt vor dem Hintergrund, dass das BVerfG bereits im Verfahren zum KPD-Verbot im Jahr 1956 ausführte, dass ein „politisches Ermessen“ bestehe, auch wenn die Antragsteller die Partei für verfassungswidrig halten. Dennoch finden sich – wenn auch mit divergierenden Begründungen – seit jeher Stimmen, die sich für eine Antragspflicht aussprechen.

In den Nachwehen des KPD-Verbots und unter dem Eindruck der außerparlamentarischen Bewegungen der 1960er und 1970er Jahre machte sich etwa der zu dieser Zeit im Innenministerium tätige Verwaltungsjurist Karl-Heinz Seifert für eine Antragspflicht stark. Seifert, der bereits im [Nationalsozialismus als Beamter Karriere machte](#), sah insbesondere die Bundesregierung aufgrund des Legalitätsprinzips sowie der Regelungstechnik von Art. 21 Abs. 2 GG („sind verfassungswidrig“) zur Antragstellung

verpflichtet, andernfalls „drohe die streitbare Demokratie zur bloßen Phrase und Selbsttäuschung zu verkommen“. Auch in der aktuellen Debatte wird auf die Regelungstechnik von Art. 21 Abs. 2 GG hingewiesen, um einen schrumpfenden Ermessensspielraum bei der Antragstellung zu begründen. Und in der Tat: Wer der Auffassung folgt, dass Parteien bereits vor der Feststellung durch das BVerfG aufgrund des Wortlauts der Normen materiell-rechtlich verfassungswidrig „sind“, der kann daraus [Konsequenzen für das Entschließungsermessen der Antragsteller](#) ziehen. Daneben wird in der wissenschaftlichen Debatte häufig darauf verwiesen, dass es in einem Rechtsstaat kein freies Ermessen geben könne und auch die Historie der Vorschrift als Antwort auf die vermeintliche Schwäche der Weimarer Verfassung für eine Antragspflicht spreche.

Gegen diese Argumente sprechen allerdings erhebliche Einwände. So sind jene Begründungen für eine Antragsverpflichtung, die aus der Historie und dem Zweck des Art. 21 Abs. 2 GG abgeleitet werden, einseitig darauf bezogen, ein Parteiverbot zu ermöglichen. Dass das Parteiverbot durch das verfassungsgerichtliche Monopol auch beschränkt wird, wird kaum gewürdigt. Bis das BVerfG über das Verbot entschieden hat, bewegen sich alle Parteien im Rahmen der durch das Grundgesetz garantierten politischen Freiheit. Das Verbotsverfahren ist daher eben keine Sanktionsmaßnahme für vorangegangenes politisches Fehlverhalten, sondern wirkt zukunftsorientiert. Aus dem Umstand, dass politische Freiheit bis zur Entscheidung durch das BVerfG nicht staatlich sanktioniert werden darf, folgt der Charakter des Parteiverbots und der wehrhaften Demokratie als solcher. Dieser liegt mit Helmut Ridder nicht in der Abwehr von *an sich* verfassungswidrigem Verhalten, sondern in der Befugnis zur Unterdrückung von Strömungen, die die Abschaffung der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ zum Ziel haben. Das Grundgesetz beinhaltet insofern keinen Automatismus, sondern erlaubt es den verantwortlichen Organen Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat ausnahmsweise und unter Monopolisierung der Entscheidung beim BVerfG gegen Gegner der freiheitlichen Ordnung vorzugehen.

Befassungsauftrag!

Können sich die politisch verantwortlichen Organe, obwohl sie von der Verfassungswidrigkeit einer Partei überzeugt sind, nicht zur Antragsstellung durchringen, so ist diese Widersprüchlichkeit gerade eine Konsequenz aus der konkreten Gestaltung der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes. Sie ermöglicht Parteiverbote, ohne sie zu verlangen, eben weil der schmale Grat zwischen Freiheitsschutz und Freiheitsbeschränkung politischer Verantwortung bedarf. Das bedeutet wiederum aber ebenso wenig, dass die antragsberechtigten Organe das Parteiverbot einfach rechts liegen lassen dürfen. Gerade weil das Grundgesetz die Möglichkeit ausdrücklich vorsieht, lässt sich aus Art. 21 GG ein Befassungsauftrag ableiten, sich ernsthaft mit der Option eines Verbots auseinanderzusetzen. Am Ende dieser Auseinandersetzung kann dann aber auch das Ergebnis stehen, dass trotz hoher Erfolgsaussichten ein Antrag nicht gestellt wird, weil die potenziellen Antragsteller zu der Überzeugung kommen, dem Schutz der freiheitlichen Ordnung ohne Verbot besser dienen zu können.

Konsequenzen für das Verhältnis von Verbot und Finanzierungsentzug

Für den Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 und 3 GG ergeben sich, je nach vertretenem Standpunkt, unterschiedliche Konsequenzen. Soweit eine Antragspflicht angenommen wird und deren Bedingungen erfüllt sind, kommt dagegen nur noch ein Parteiverbotsverfahren in Betracht, sofern die Partei das Kriterium der Potenzialität mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfüllt. Wenn, wie hier, lediglich von einem Befassungsauftrag ausgegangen wird, sind die Antragsteller hinsichtlich der Wahl des Mittels – Verbot oder Finanzierungsentzug – nicht gebunden. Dieses Ergebnis lässt sich auch durch eine systematische Überlegung absichern. Maßnahmen nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG verlangen nämlich, dass es sich bei der fraglichen Organisation überhaupt um eine Partei handelt. Die Rechtsprechung verlangt jedoch: Je länger eine Partei existiert, desto eher muss sie auch [tatsächlich in der Lage sein, an der politischen Willensbildung teil-](#)

zuhaben. Organisationen, die dieses Kriterium nicht erfüllen, fallen nicht unter Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG. Wäre Art. 21 Abs. 3 GG auf Parteien begrenzt, die das Potenzialitätserfordernis nicht erfüllen, könnte die Norm nur auf Organisationen angewendet werden, die zwar groß genug sind, um Einfluss auf die Willensbildung zu nehmen, deren Einfluss aber nicht ausreicht, um ihre Ziele tatsächlich durchzusetzen. Für den Finanzierungsentzug verbliebe somit allein dort ein Anwendungsbereich, wo eine Partei bereits staatlich finanziert wird (gem. § 18 Abs. 4 S. 1 PartG über 0,5 bzw. 1,0 %), aber noch nicht das Potenzial aufweist, ihre verfassungsfeindlichen Ziele auch zu erreichen. Für Parteien, die nicht an der staatlichen Finanzierung teilnehmen, würde der Finanzierungsausschluss zwar immerhin noch Steuerprivilegien beenden. Dennoch fiele der durch die Norm selbst genannte Anwendungsbereich – nämlich der Entzug der Finanzierung – weitgehend aus, da die Potenzialität bereits bei geringen Wahlerfolgen anzunehmen ist.

Kein „Parteiverbot light“, aber ein zusätzliches Instrument

Art. 21 Abs. 3 GG gibt den Antragstellern damit ein Mittel an die Hand, in einem rechtsstaatlichen Verfahren und unter hohen Voraussetzungen durch das BVerfG feststellen zu lassen, dass eine Partei verfassungswidrige Ziele verfolgt, ohne diese vollständig von der politischen Willensbildung auszuschließen. Diese Möglichkeit besteht auch für große Parteien. Das Grundgesetz zeigt im Umgang mit potenziellen Feinden der Freiheit Wege auf, ohne sie vorzuzeichnen. Dabei rückt bei einem Antrag auf Entzug der Finanzierung die Signalwirkung in den Vordergrund. Statt auf die exekutive Durchsetzung eines möglichen Verbots zu vertrauen, verließen sich die Antragsteller überwiegend auf die Wirkung, die von der Entscheidung des BVerfG ausgehen würde. Angesichts der Rolle des Gerichts im demokratischen System muss dies keinesfalls ein Nachteil sein.

Damit ist Art. 21 Abs. 3 GG **kein Verbot „light“**. Das Grundgesetz kennt aber seit der Einführung des Absatzes neben legalen und illegalen Parteien eine dritte Kategorie: die „verfassungsfeindliche“, aber

wählbare Partei. Damit schafft die Regelung eine neue Flexibilität, die gleichwohl keinen „goldenen Weg“ aus dem Dilemma bietet, das Parteiverbot und wehrhafte Demokratie schaffen. Es bleibt dabei, dass die politisch Verantwortlichen entscheiden müssen, welchen Weg sie beim Umgang mit potenziell verfassungsfeindlichen Parteien wählen. Die Verfassung selbst erzwingt dabei nichts, die Diskussion darum wird sich fortsetzen.

Halina Wawzyniak

An der Sache vorbei

Zur Entscheidung des Wahlprüfungsausschusses in Sachen BSW

doi: 10.59704/1c97057edb5311d2



Nachdem der Wahlprüfungsausschuss des Bundestages lange auf sich hat warten lassen, liegt nun [seine Beschlussempfehlung](#) zum Antrag des BSW auf Nachzählung des Ergebnisses der Bundestagswahlen vor. Die Bezeichnung als „Antrag auf Nachzählung“ ist keine Petitesse, wie sich zeigen wird. Denn mit diesem Antrag sind vielfältige Probleme verbunden, auf die weder der Wahlprüfungsausschuss noch die juristische Debatte bisher eingegangen sind.

Demokratiethoretisch wäre es nicht nur wünschenswert, sondern schlichtweg nötig, eine Nachzählung der Bundestagswahl durchzuführen. Rechtlich ist die Lage vor dem Hintergrund der Antragsformulierung in dem Wahleinspruch des BSW nicht ganz so einfach. Nur wenige Zeilen ist dem Wahlprüfungsausschuss die Zulässigkeit wert. Auf den konkreten Antrag des BSW wird nicht eingegangen. Dies ist überraschend, denn die rechtswissenschaftlich spannenden Fragen sind in der Zulässigkeit verortet.

Zwar könnte der – in sich widersprüchliche – Antrag noch so ausgelegt werden, dass das in der derzeitigen Rechtslage fehlende Recht auf Nachzählung nicht zur Unzulässigkeit des Antrags führen würde. Dem BSW fehlt aber das Rechtsschutzbedürfnis, weil es seiner Konfrontationsobliegenheit nicht nachgekommen ist. Aber auch die Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses kann nicht überzeugen: Er fordert Unmögliches, indem er die Anforderungen an die Substantiierungspflicht deutlich überspannt.

Wahleinspruch des BSW

Der [Wahleinspruch des BSW](#) wurde „gegen die Gültigkeit der Wahl zum Deutschen Bundestag (...) eingelegt“. Der konkrete Antrag lautet:

„Ich beantrage für die Einspruchsführer, der Bundestag möge beschließen: (...) Es wird eine unverzügliche Nachzählung aller (...) abgegebenen Stimmzettel angeordnet und das bisherige Endergebnis vom 14.03.2025 dementsprechend geändert; (...).“

An anderer Stelle (S. 7) wird ausgeführt, dass die Wahlfehler nur einen einzigen Schluss zulassen, „*nämlich, dass die Wahl zum Deutschen Bundestag vom 23.02.2025 fehlerhaft, somit ungültig war und unverzüglich wiederholt werden muss, jedenfalls aber muss eine bundesweite Neuauszählung erfolgen*“. Nur eine Seite später (S. 8) wird gefordert, es solle „*eine sofortige Ergebnisberichtigung infolge bundesweiter Neuauszählungen*“ geben.

Was das BSW will, ist nicht eindeutig. Der Antrag verlangt eine Nachzählung mit Ergebniskorrektur, in dem Einspruch selbst wird jedoch eine Wiederholungswahl als Ziel genannt.

Zur Begründung wurde argumentiert (S. 4), dass nach dem vorläufigen Endergebnis 13.435 Stimmen bzw. 0,028 Prozent für die 5 %-Hürde fehlen. Recherchen, so das BSW, hätten ergeben, dass es zu „zahlreiche[n] Anomalien bezüglich der online einsehbaren Wahlergebnisse in den Wahlkreisen und Wahlbezirken [gekommen sei], die klar darauf hindeuten, dass es sowohl zu falschen Zuordnungen der abgegebenen Stimmen zulasten des BSW gekommen ist als auch, dass zulasten des BSW gültige Stimmen fälschlicher-

weise bei der Auszählung als ungültig gewertet wurden“. Gleichzeitig wurde zugestanden, dass „Übertragungsfehler bei der Ergebnisübermittlung zwischen Kreiswahlleitung und Bundeswahlleitung“ korrigiert wurden und es „zahlreiche Korrekturen von bisher veröffentlichten Wahlergebnissen zugunsten des BSW gegeben“ habe. Zentraler Kritikpunkt bleibt jedoch, dass „noch nicht einmal im Ansatz die Rede davon sein [kann], dass es zu flächendeckenden, d. h. bundesweiten Nachzählungen und Korrekturen gekommen ist.“

Kein Recht auf Nachzählung - aber Auslegung als Rettungsanker

Das BSW fordert somit in seinem Antrag – trotz der Uneindeutigkeit des Einspruchs – eine Nachzählung. Dieser Antrag dürfte nach dem Wortlaut des Wahlprüfungsrechts nicht zulässig sein – und gleichzeitig offenbart sich dadurch eine gewichtige Rechtsschutzlücke. Denn: Der Wahleinspruch richtet sich mit dem Antrag auf Anordnung einer Nachzählung auf etwas, was gesetzlich *nicht* vorgesehen ist. Weder im Bundeswahlgesetz noch in der Wahlordnung oder im Wahlprüfungsgesetz ist ein „einklagbares Recht auf Nachzählung“ verankert. Einspruchsgegenstand eines Wahleinspruchs kann nach § 1 Abs. 1 Wahlprüfungsgesetz nur die Gültigkeit der Wahl sowie die Verletzung subjektiver Rechte sein (vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, GG Art. 41 Rn. 6). Das BSW hätte somit beantragen müssen, die Wahl für ungültig zu erklären, weil das Wahlergebnis unrichtig festgestellt wurde und damit die Zusammensetzung des Bundestages fehlerhaft ist. Dies stellt bei einem begründeten Antrag die Rechtsverletzung dar. Als „Beweismittel“ hätte dann eine Nachzählung angeführt werden können.

Dies tat das BSW jedoch nicht. Folglich heißt es dann auch in der auf Unbegründetheit basierenden ablehnenden Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses: Rügefähig sei nur die „Verletzung von Rechten bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl“. Dabei muss es sich „grundsätzlich um auf gesetzlicher Grundlage beruhende Akte von Wahlorganen oder Gemeindebehörden handeln, die im Rahmen eines konkreten Wahlverfahrens entweder vor, bei oder

nach der Wahlhandlung ergangen sind und das Wahlverfahren unmittelbar betreffen.“ (S. 31)

Der § 40 BWahlG hält fest, dass dem Kreiswahlausschuss das Recht der Nachprüfung zusteht. Lediglich § 69 Abs. 7 S. 3 BWahlO enthält eine explizite Regelung zur Nachzählung: Voraussetzung ist ein Antrag eines Mitgliedes des Wahlvorstandes. Wer nicht Mitglied im Wahlvorstand ist, kann eine Nachzählung nicht erzwingen. Auch aus dem Wahlprüfungsgesetz ergibt sich kein Nachzählungsanspruch. Wenn es keinen Nachzählungsanspruch gibt, kann in einer unterlassenen Nachzählung auch keine Rechtsverletzung liegen. Hingegen sehen einige Bundesländer – anders als auf Bundesebene – weitergehende Rechte im Wahlprüfungsverfahren vor: So kann mit der Wahlprüfungsbeschwerde die unrichtige rechnerische Feststellung des Wahlergebnisses sowie die Ungültigkeitserklärung gültiger Stimmen als auch die Gültigkeitserklärung ungültiger Stimmen gerügt werden. In anderen Bundesländern – wie etwa in [Bayern](#) – können fehlerhafte Entscheidungen der Wahlorgane bei der Feststellung des Wahlergebnisses überprüft werden.

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hatte nach der Wiederholungswahl im Jahr 2023 [in einem Verfahren über einen Antrag auf Anordnung der Nachzählung zu entscheiden](#). Der Antragstellerin fehlten 10 Stimmen, um ein Direktmandat zu erreichen. Sie rügte „ungeklärte Differenzen zwischen dem vorläufigen und dem endgültigen Wahlergebnis“ und dass die „durch den Bezirkswahlleiter angeordnete Nachzählung nur einzelner Wahllokale“ willkürlich gewesen sei und die „Ablehnung einer vollständigen Neuauszählung gegen die Landeswahlordnung“ verstoße. Zunächst hatte das [OVG einen Anspruch auf Nachzählung abgelehnt](#) und auf den Rechtsweg der Wahlprüfungsbeschwerde verwiesen. Das OVG hatte ausgeführt: „Auch wenn die von der Antragstellerin in ihrem Wahlkreis erstrebte Nach- bzw. Neuauszählung der Erststimmen in § 42 Abs. 1 VerfGHG nicht als eine der möglichen Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs aufgeführt ist, folgt daraus nicht, dass eine solche Neuauszählung im Wahlprüfungsverfahren nicht erreicht werden könnte“ (Rn. 17). Da es in Berlin nur ein einstufiges Wahlprüfungsverfahren gibt,

musste nun der Verfassungsgerichtshof Berlin entscheiden. Dieser lehnte den Einspruch als unzulässig ab, erklärte aber zugleich, ein begründeter Einspruch könne nur zum Verlust des Sitzes eines zu Unrecht berufenen Abgeordneten führen – und eben nicht zu einer Neuauszählung.

Ähnlich liegt es im Fall des BSW: Es liegt keine Rechtsverletzung vor, weil es kein Recht auf Nachzählung gibt. Gelöst werden könnte dieses Problem – und damit die Rechtsschutzlücke geschlossen –, indem der Gesetzgeber eine Vorschrift im Wahlgesetz oder der Wahlordnung verankert, nach der bei einem Abstand von 0,5% zu einem Mandat zwingend eine Nachzählung durchzuführen ist, wie [von der Autorin schon im März 2025 vorgeschlagen](#).

Im Hinblick auf den Wahleinspruch des BSW könnte dem Problem dadurch begegnet werden, dass der Antrag des BSW – soweit möglich – ausgelegt wird. Vor dem Hintergrund, dass die Wahlprüfung der Gewährleistung der ordnungsgemäßen personellen Zusammensetzung des Deutschen Bundestages dient (vgl. BeckOK GG Art. 41 GG Vorb.) und mit ihr sämtliche Wahlvorgänge von Beginn des Wahlverfahrens bis zur Feststellung des Ergebnisses und bis zur endgültigen Verteilung der Sitze sowohl auf ihre formale Gesetzmäßigkeit als auch ihre materielle Richtigkeit überprüfbar sein sollen (vgl. BeckOK GG Art. 41 GG Rn. 1), scheint dies nicht ausgeschlossen. Gegen eine Auslegung spricht die Ausgestaltung des Wahlprüfungsverfahrens als streng formalisiertes Verfahren. Das Bundesverfassungsgericht hat aber in einer Entscheidung aus dem Jahr 1975 angedeutet, dass Anträge durchaus ausgelegt werden können (vgl. [BVerfGE 40, 11 Rn. 68](#)). Aber selbst wenn der BSW-Antrag dahingehend ausgelegt werden kann, dass durch die unrichtige Feststellung des Wahlergebnisses und daraus folgend der unrichtigen Zusammensetzung des Bundestages eine Rechtsverletzung vorliegt, tritt ein weiteres Problem auf. Das BSW hat explizit *nicht* beantragt, die Wahl für ungültig zu erklären. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 2 WahlPrG können Rechtsverletzungen lediglich als solche festgestellt werden; denn nur wenn die Wahl für ungültig erklärt wird, ist nach Satz 1 festzustellen, ob das Bestandsinteresse des

Parlaments das Legitimationsinteresse der Wahl überwiegt und entsprechend, ob die Wahl wiederholt werden muss. Auch hier hilft nur, den Antrag nach dem Willen des BSW auszulegen – vor dem Hintergrund der Vermutung, dass dem BSW nicht bekannt war, dass die Erklärung der Ungültigkeit nicht zwingend eine Neuwahl bedeutet, die das BSW vermutlich nicht wollte.

Kein Rechtsschutzbedürfnis wegen Verletzung der Konfrontationsobliegenheit

Dem Wahleinspruch steht aber nach hier vertretener Auffassung ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis des BSW entgegen, das auf der Verletzung der Konfrontationsobliegenheit beruht. Zwar hat das BSW unmittelbar nach der Schließung der Wahllokale bereits auf in dem Wahleinspruch aufgeführte Anomalien und Ungenauigkeiten öffentlich aufmerksam gemacht, nicht aber bei allen Kreiswahlleitungen eine Nachzählung angeregt.

Die Verletzung der Konfrontationsobliegenheit ist ein aus dem Organstreitverfahren bekanntes ungeschriebenes Zulässigkeitskriterium. Verfassungsgerichte sollen nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht angerufen werden können, wenn es vorher die Möglichkeit gibt, den Klagegegner auf einen Fehler hinzuweisen und ihm so die Möglichkeit gegeben wird, Abhilfe zu schaffen (vgl. [BVerfG 2 BvE 6/16](#)).

Das BSW hat es unterlassen, vor Einlegung des Wahleinspruchs ihm aufgefallene Wahlfehler umfassend bei den zuständigen Wahlorganen anzuzeigen, Abhilfe anzuregen und so einen Wahleinspruch zu vermeiden. Auch wenn es kein Recht auf Nachzählung gibt, sieht das BWahlG Nachprüfungsmöglichkeiten vor, zum Beispiel durch den Kreiswahlausschuss nach § 40 S. 2 BWahlG. Der Kreiswahlausschuss kann nicht zu einer Nachzählung verpflichtet werden, eine solche kann bei ihm aber angeregt werden. Das BSW sagt selbst (S. 31), es habe nicht bei allen Kreiswahlausschüssen eine Nachzählung angeregt. Soweit Kreiswahlausschüsse eine Nachzählung abgelehnt haben, wäre dies ein legitimer Gegenstand eines Wahlein-

spruchs, soweit sich daraus eine Mandatsrelevanz ergeben kann und dies substantiiert vorgetragen wird.

Die Obliegenheitsverletzung wiegt umso schwerer, als dem BSW die mit dem Wahleinspruch benannten Wahlfehler und deren vermuteter größerer Umfang spätestens seit dem 25. Februar 2025 bekannt waren. Zu diesem Zeitpunkt dürfte noch kein Kreiswahlausschuss getagt haben. Das vorläufige Ergebnis der Bundestagswahl 2025 wurde [am 24. Februar 2025 um 04.10 Uhr bekannt gegeben](#). Bereits am 25. Februar 2025 wies [Fabio de Masi](#) darauf hin, dass Wählende ihre Stimme dem BSW gegeben hätten, das BSW in der Auswertung des Wahllokals aber mit null Stimmen geführt worden sei. Am 26. Februar 2025 berichtete [de Masi](#), dass inzwischen in rund zehn Prozent des Wahlgebiets insgesamt bereits 600 Stimmen identifiziert worden seien, die auf Auffälligkeiten in einigen Wahllokalen hindeuteten: Dort sei das BSW mit null Stimmen, das Bündnis Deutschland aber mit etlichen Stimmen ausgewiesen worden. Dabei war unklar, ob dies auf Verwechslungen bei der Stimmabgabe oder Übertragungsfehler zurückzuführen war.

Wenn dem BSW aus seiner Sicht bereits zwei Tage nach der Wahl Wahlfehler in diesem Umfang bekannt gewesen sind, hätte es – um einen Wahleinspruch zu vermeiden – zunächst gegenüber allen Kreiswahlausschüssen eine Nachzählung anregen müssen. Dies wäre schneller und effektiver, als den Wahlprüfungsausschuss und ggf. das Bundesverfassungsgericht einzuschalten. Auch wäre es zumutbar, alle Kreiswahlausschüsse per Mail zur Überprüfung der Wahlergebnisse anzuregen, da das BSW nach eigenen Angaben in allen Ländern Landesverbände hat. Dass ein solches Unterfangen nicht gänzlich aussichtslos ist, zeigt sich daran, dass [in NRW in allen 64 Wahlkreisen das Ergebnis des BSW überprüft worden sein soll](#).

Weder in der juristischen Literatur noch in der Rechtsprechung ist die Frage der Konfrontationsobliegenheit bei Wahleinsprüchen bisher als Thema aufge taucht. Die Konfrontationsobliegenheit kann selbstverständlich auch nur in den Fällen bestehen, in denen vor Feststellung des amtlichen Wahlergebnisses die geltend gemachten Wahlfehler bekannt waren und eine Möglichkeit bestand, auf Abhilfe hinzuwirken. Die

Situation ist mit dem Organstreitverfahren insofern vergleichbar, weil auch bei der Wahlprüfung, sofern sie zweistufig aufgebaut ist, kein Rechtsweg durch die Instanzen gegeben ist. Durch eine Konfrontationsobliegenheit könnte vermieden werden, dass der Wahlprüfungsausschuss mit mutmaßlichen Fehlern befasst wird, die offensichtlich waren und daher möglicherweise zuvor hätten beseitigt werden können. Dieses Problem verschärft sich noch mehr, wenn [Forderungen nach einer Einstufigkeit des Wahlprüfungsverfahrens](#) nachgekommen wird.

Aber auch demokratietheoretische Gründe sprechen dafür: Die Wahl hat auch eine Legitimationsfunktion. Ohne Konfrontationsobliegenheit, insbesondere bei Nachzählungen, kann eine Partei sich bewusst dafür entscheiden, die ihr bekannten Missstände mit möglicher Mandatsrelevanz nicht gegenüber den Wahlorganen zu rügen und stattdessen einen Wahleinspruch einzulegen. Aufgrund des notwendigerweise länger andauernden Wahlprüfungsprozesses kann dies eine bewusste Strategie sein, um in dieser Zeit die Wahlorgane und das gewählte Parlament sowie dessen Entscheidungen über die gesamte Zeit zu delegitimieren und Zweifel an der Demokratie zu säen.

Unrealistische Substantiierungspflicht

Wird der Wahleinspruch des BSW anders als hier vertreten als zulässig angesehen, stellt sich überhaupt erst die Frage, ob Wahlfehler mit Mandatsrelevanz substantiiert vorgetragen worden sind. Denn damit die Wahlprüfung in der Sache erfolgreich ist und eine Wahl für ungültig erklärt werden kann, muss ein mandatsrelevanter Wahlfehler substantiiert begründet werden. Zudem darf das Bestandsinteresse des Parlaments nicht die Legitimationsfunktion der Wahl überwiegen. Sollte eine Neuauszählung mandatsrelevante Fehler offenbaren, müsste auf den geringstmöglichen Eingriff zurückgegriffen werden: Dies dürfte in dem Fall ein „Mandatstausch“ – also eine (teilweise) Neubesetzung der Bundestagsmandate ohne Neuwahl – sein. Über die Mandatsrelevanz soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter geschrieben werden, da dies ohne Nachzählung Spekulation bleiben muss.

Die Anforderungen an die Substantiierung von Wahlfehlern dürfen nicht zu hoch angesetzt werden; andernfalls läuft das Wahlprüfungsverfahren leer. Das BVerfG hat in der Entscheidung zur Wiederholungswahl Berlin festgehalten (Rn. 106), dass der Bundestag „ausgehend von einem hinreichend substantiierten Sachvortrag und beschränkt auf den Einspruchsgegenstand von Amts wegen ermitteln [muss]“, ob der behauptete Wahlfehler vorliegt. Unzweifelhafte Wahlfehler stellen falsche Zuordnungen und fälschlicherweise als ungültig eingeordnete Stimmzettel dar, soweit dies nicht bereits durch eine Korrektur von vorläufigem und amtlichem Ergebnis behoben wurde.

An dieser Stelle schließt sich der Kreis. Obwohl die Nachzählung selbst kein tauglicher Gegenstand eines Wahleinspruchs ist, kann daraus nicht geschlossen werden, dass sie im gesamten Verfahren der Wahlprüfung ausgeschlossen ist. Sie kann ein Mittel zur Sachverhaltsaufklärung im Rahmen eines substantiierten Wahleinspruchs sein, der sich darauf beruft, dass durch eine fehlerhafte Feststellung des Wahlergebnisses und einer sich daraus ergebenden fehlerhaften Zusammensetzung des Bundestages eine mandatsrelevante Rechtsverletzung vorliegt, weshalb die Wahl ungültig ist. Genau dies hätte das BSW – wie oben gezeigt – beantragen müssen.

Damit ein Einspruch als substantiiert eingeordnet werden kann, verlangt das BVerfG jedenfalls (Rn. 235) mehr als die „nur theoretische Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der geltend gemachten Rechtsverletzung und dem Ergebnis der angefochtenen Wahl“. Das BSW fährt im Grunde zwei Argumentationslinien: Das erste Argument kann auf den ersten Blick überzeugen (S. 17): Dem BSW seien auf Grund von Vertauschungen keine oder auffällig wenige Stimmen zugeordnet worden, ihre Stimmen seien neben dem Bündnis Deutschland auch BüSo, MLPD oder Werteunion gutgeschrieben worden. Es wird aber nicht vorgetragen, wie es zu einer Verwechslung der Stimmen für das BSW bei der Auszählung mit Stimmen für BüSo, MLPD oder Werteunion gekommen sein soll. Eine direkte Nachbarschaft auf dem Wahlzettel wird lediglich für das Bündnis Deutschland mit Ausnahme Saarland und Berlin vorgetragen (S. 19). In Bayern soll

die MLPD unmittelbar über dem BSW gestanden haben (S. 28). Dies ist aber unzutreffend: Über dem BSW stand das Bündnis Deutschland und darüber die MLPD.

Das zweite wesentliche Argument des BSW ist (S. 32), dass sich bei der Stichprobe von 50 Wahlbezirken, in denen eine Nachzählung stattgefunden hat, in 9 von 50 Wahlbezirken die Stimmenverteilung in Höhe von insgesamt 15 Stimmen zugunsten des BSW verändert hätte. Dies kann zunächst nicht widerlegt werden. Das BSW rechnet diese 15 Stimmen in 50 Wahlbezirken auf 95.109 Wahlurnen hoch und kommt so auf zusätzliche 28.533 Stimmen für sich. Soweit Nachzählungen und Korrekturen erfolgt sind, müssten allerdings die entsprechenden Wahlbezirke aus der Rechnung herausgenommen werden. Zudem sollen 40 der 50 neu ausgezählten Wahlbezirke in Berlin gelegen haben (S. 38), was eine einfache Hochrechnung nicht ganz so einfach macht, da die Auswahl der Wahlbezirke nicht repräsentativ ist.

Es ist dennoch nicht überzeugend, den Wahleinspruch als nicht unsubstantiiert einzustufen. Das erkennt der Wahlprüfungsausschuss, wenn er im Hinblick auf den Vortrag des BSW formuliert (S. 32), dass „aufgrund eines allgemein bestehenden Risikos von Zählfehlern ein ‚Recht auf Neuauszählung‘ im Wahlprüfungsverfahren“ nicht begründet werden könne. Das ist, wie dargelegt, zutreffend, aber dem BSW ging es ja gerade nicht um das Recht auf Nachzählung, auch wenn das in seinem Antrag stand. Es ging ihm um die Feststellung des unrichtigen Wahlergebnisses. Dazu äußert sich der Wahlprüfungsausschuss aber nicht, sondern flüchtet sich in eine Einzelfallbetrachtung oder verweist darauf, statistische Auffälligkeiten könnten für sich genommen noch keine Bedenken gegen die Ordnungsmäßigkeit des Wahlgeschäfts begründen (S. 38). Hinsichtlich der vom BSW vorgetragenen Anomalien wird eine Substantiierung schlichtweg verneint (S. 44). So heißt es in der Beschlussempfehlung: „Ohne die Darlegung konkreter Geschehnisse in bestimmten Wahlbezirken, aus denen sich etwa die Nichtberücksichtigung von Stimmen einzelner Wähler oder die Missachtung der Verfahrensvorschriften im Einzelfall ergeben würde, besteht schon kein überprüfbarer Sachverhalt, dem der Wahl-

prüfungsausschuss mit weiteren Ermittlungen nachgehen könnte.“ Dies übersieht nicht nur, dass durchaus einzelne Geschehnisse dargestellt werden. Angesichts dessen, dass den Antragstellern im Wahlprüfungsverfahren kein Akteneinsichtsrecht zusteht, wird es dadurch außerdem unmöglich, die Bedeutung für das Mandat nachzuweisen. Es ist schlichtweg unrealistisch, für die hier nötigen Stimmen konkrete Geschehnisse aufzuführen, die die Mandatsrelevanz belegen können. Der Wahlprüfungsausschuss setzt für den – hier als unzulässig angesehenen – Wahleinspruch die Substantiierungspflicht derart hoch, dass das Instrument des Einspruchs praktisch wertlos wird und das Beweismittel der Nachzählung fast ausgeschlossen ist.

Fazit

Sowohl der Wahleinspruch des BSW als auch die Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses sind kritikwürdig. Der Wahlprüfungsausschuss verlangt übermäßig strenge Nachweise zur Substantiierung des Wahleinspruchs. Und auch wenn der sich selbst widersprechende Einspruch des BSW durch Auslegung gerettet werden könnte, hat das BSW gegen die Konfrontationsobliegenheit verstoßen, wodurch sein Einspruch unzulässig ist. Der Fall legt jedoch eine Rechtsschutzlücke offen, die dringend geschlossen werden müsste: Der Gesetzgeber muss einen gesetzlichen Anspruch auf Neuzählung schaffen.

Redaktionelle Notiz: Der in einer früheren Fassung dieses Textes verwendete Begriff der „Wahlprüfungsbeschwerde“ ist nachträglich durch den Begriff „Wahleinspruch“ ersetzt worden.

Sinan Kurt

(K)ein Befreiungsschlag im Besoldungsrecht

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Berliner Beamtenbesoldung

doi: 10.59704/293dd86dd005da69



Das Bundesverfassungsgericht verschafft sich Luft. So jedenfalls liest sich der neueste Beschluss des Zweiten Senats vom 17. September zur Alimentation von Berliner Beamten. Diese abermalige Rüge ist ein Paukenschlag mit bundesweiten Auswirkungen. Das Land Berlin hat Beamte in über 95 Prozent der geprüften Besoldungsgruppen verfassungswidrig alimentiert. Über die Hälfte der Gruppen in der A-Besoldungsordnung haben über einen Zeitraum von 12 Jahren das geforderte Niveau der Mindestbesoldung nicht erreicht. Zugleich sind aus dem gesamten Bundesgebiet rund 70 weitere Verfahren beim Bundesverfassungsgericht anhängig. In den Ländern fluten Widersprüche und Klagen auf amtsangemessene Alimentation die Widerspruchsbehörden und Verwaltungsgerichte, während Gewerkschaften ihre Mitglieder beharrlich und beinahe routinemäßig zu jährlichen Widersprüchen gegen ihre Besoldungsbescheide aufrufen. Angesichts dieser Entwicklungen warnt der aktuelle Beschluss, dass „die außerordentliche Vielzahl an Verfahren, [die] bereits in der Fach- oder Verfassungsgerichtsbarkeit anhängig sind [...], die Verfassungsgerichtsbarkeit an die Grenzen ihrer Funktionsfähigkeit“ (Rn. 32) bringen könnten. Um der Masse an Klagen noch Herr werden zu können, hat das Gericht mit einer Grundsatzentscheidung seine Prüfungsmaßstäbe erheblich vereinfacht. Doch auch das wird die Klagewelle nicht aufhalten können. Eine umstrittene Besoldungsreform in vielen Ländern zeigt: Die nächste Rüge aus Karlsruhe wird nicht lange auf sich warten lassen – insbesondere, weil die Reformbemühungen

nicht mit der neuesten Entscheidung des Gerichts vereinbar sind.

Amtsangemessene Alimentation schützt den Verfassungsstaat

Der Senat geht diesmal in die Vollen und nutzt die Entscheidung dazu, die gesamte A-Besoldung in Berlin für die Jahre 2008-2020 auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Der Beschluss wiederholt die bekannten Maßstäbe der beamtenrechtlichen Rechtsprechung. Art. 33 Abs. 5 GG garantiere die Institution des Berufsbeamtentums, womit gleichsam ein gesetzgeberischer Regelungsauftrag einhergehe und den Beamten ein subjektives grundrechtsgleiches Recht zukomme. Die lebenslange Alimentation, bestehend aus Besoldung und Versorgung des Beamten und seiner Familie, sei kein Entgelt für geleistete Dienste. Vielmehr könne nur so die lebenslange Treuepflicht des Beamten und das Streikverbot gerechtfertigt werden. Die Besoldung solle eine stabile Verwaltung als Gegengewicht zum temporär legitimierten politischen Betrieb sichern und ziele darauf, selbstbewusste Beamte durch ihre innere und äußere Unabhängigkeit zu befähigen, zu einer rechtsstaatlichen Verwaltung beizutragen. Um dies zu untermauern, greift das Gericht seine Maßstababildung aus dem Beschluss [zum politischen Beamten](#) aus dem Jahr 2024 auf (Rn. 52). In der Entscheidung hatte der Senat explizit auf das Demokratieprinzip und seine Ausführungen im zweiten [NPD-Parteiverbotsverfahren](#) verwiesen und damit zurecht die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums zum Schutz von Demokratie und Rechtsstaat

vor autoritären Übergriffen betont. Das Land Berlin hat also dieser Selbstbehauptungsfähigkeit des Verfassungsstaats aktiv geschadet, indem es seine Beamten über eine Dekade hinweg verfassungswidrig unterbezahlt hat.

Ein weiteres zentrales Motiv des Beschlusses ist, dass der Gesetzgeber mit seiner im parlamentarischen Budgetrecht wurzelnden Gestaltungsverantwortung Staatsaufgaben (finanziell) priorisieren muss. Der Senat kommt zu dem Ergebnis, dass das Land Berlin dieser Kernaufgabe über zwölf Jahre lang nicht nachgekommen ist. Insbesondere in Zeiten „knapper Kassen“ habe die erste Gewalt normativ die Verantwortung, Verteilungskonflikte anzugehen. Das Berliner Besoldungsgefüge sei nachhaltig erschüttert und es sei wahrscheinlich, dass es über alle Ebenen hinweg angehoben werden muss, um ein akzeptables Level zu erreichen. Insbesondere im Anschluss an die Föderalismusreform aus dem Jahre 2006 sei das Land viel zu lange untätig geblieben. Nun muss das Land bis zum 31. März 2027 eine neue Besoldungsordnung entwerfen und an alle Beamte, die ihrer Besoldung widersprochen haben, Nachzahlungen in **mittlerer dreistelliger Millionenhöhe** leisten.

Rechtsschutz durch Vereinfachung

Das BVerfG erweitert die Vorlagen des OVG Berlin-Brandenburg und des BVerwG, um die gesamte A-Besoldungsordnung des Landes Berlin von 2008 bis 2020 zu überprüfen. Hierzu sieht es sich veranlasst, um die gewaltige Anzahl künftiger Verfahren weiter bewältigen und hinreichenden Rechtsschutz gewährleisten zu können. Da alle Beamten ein statusbezogenes Streikverbot trifft und ihre Besoldung gesetzlich festgelegt wird, sind sie darauf angewiesen, ihr grundrechtgleiches Recht auf amtsangemessene Alimentation einklagen zu können. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte billigt ein **Streikverbot** nur, wenn der Staat im Gegenzug garantiert, dass Beamte effektiven und zeitnahen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können.

Um diesen Erfordernissen gerecht zu werden, vereinfacht der Senat seine Rechtsprechung. Das Resultat dieser Neustrukturierung ist ein Prüfpro-

gramm bestehend aus drei Schritten: Zunächst wird vorab das Mindestbesoldungsniveau geprüft, um im Anschluss zu prüfen, ob die Besoldung an die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse und die internen Binnenabstände angepasst wurde. Falls ein Verstoß vorliegt, wird zuletzt geprüft, ob dieser gerechtfertigt ist.

Sobald die Schwelle der Mindestbesoldung unterschritten wird, entfallen die weiteren Schritte und das Gesetz ist automatisch verfassungswidrig (Rn. 75). Damit verabschiedet das Gericht seine bisherige Rechtsprechung zur verfassungsgerichtlichen Schwelle der Mindestbesoldung. Bislang war eine Alimentation nur verfassungsgemäß, wenn die Nettobesoldung eines Beamten und seiner Familie das Einkommen einer Vergleichsfamilie in der sozialen Grundsicherung um mindestens 15 % überstieg. Nun aber sagt der Senat, dass dadurch der qualitative Unterschied zwischen der Besoldung im Rahmen des lebenslangen Dienst- und Treuverhältnisses eines Beamten und der leistungslos bezogenen Grundsicherung „schon im Ansatz verwischt“ zu werden drohe (Rn. 73). Stattdessen führt er einen völlig neuen, im Ergebnis deutlich verschärften Maßstab ein: die sog. Prekaritätsschwelle. Diese Kenngröße entnimmt das Gericht dem wissenschaftlichen Datenmaterial der Armutsforschung. Diese liegt bei 80% des Medianäquivalenzeinkommens und bildet, europäisch vereinheitlicht, anhand des Datenmaterials der OECD die unterste Grenze zu einem tatsächlichen realen Armutsrisiko ab. Um Armut und Ungleichheit in einer Gesellschaft zu erforschen, vergleicht die Wissenschaft, das Netto-Haushaltseinkommen unabhängig von der Haushaltsgröße mithilfe des Medianäquivalenzeinkommens. Diese Kennziffer ist inter- und supranational anerkannt und mathematisch exakt zu berechnen (Rn. 74). Die Prekaritätsschwelle zielt stärker auf die **Gewährleistung gesellschaftlicher Teilhabe als die bloße Existenzsicherung** und liegt damit deutlich höher als 15 % über dem Grundsicherungsniveau. Die neue Betrachtungsweise erspare den bisherigen Ermittlungsaufwand der Gerichte und knüpfe an eine Kennzahl an, die anders als die Höhe der sozialen Grundsicherung politisch unumstritten ist (Rn. 74).

Der zweite Schritt besteht aus der sog. Fortschreibungsprüfung und einer Abwägung aller alimentationsrelevanten Kriterien. Hier bleibt es dabei, dass die Gerichte kontrollieren, ob der Gesetzgeber die Beamtenbesoldung über die Jahre hinweg unter Berücksichtigung der Entwicklung der Tariflöhne, des Nominallohns und der Verbraucherpreise hinreichend angepasst hat (Rn. 76 ff.). Hier sollen dann auch qualitativen Kriterien berücksichtigt werden, wie etwa die geforderte Ausbildung und die Attraktivität des Beamtenverhältnisses (Rn. 98 ff.). Das Gericht prüft außerdem, als Ausdruck des Leistungs- und Laufbahnprinzips, ob die Abstände zwischen den verschiedenen Besoldungsgruppen auch den verschiedenen Wertigkeiten der Ämter entsprechen (Abstandsgebot). Hiermit soll verhindert werden, dass einzelne Eingriffe die gesamte Systematik der Besoldung verändern, ohne dass der Gesetzgeber offen und transparent die Ämterwertigkeit grundlegend verändert.

Sollten dabei Verstöße festgestellt werden, können sie – in einem dritten Schritt – in Ausnahmefällen durch eine Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern gerechtfertigt werden. Rein finanzielle Gründe können nur bei außergewöhnlichen Haushaltsnotlagen (Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG) als Rechtfertigung im Rahmen eines Gesamtkonzepts zur Haushaltskonsolidierung dienen (Rn. 110).

Der nächste Konflikt wirft seine Schatten voraus

Es wird nicht allzu lange dauern, bis sich die neuen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts erneut bewähren müssen. Denn zurzeit beschäftigt eine bundesweite Strukturreform der Besoldungsberechnung sowohl die [Bundes-](#) und [Landespolitik](#) als auch die Justiz (zuletzt [hier](#) und [hier](#)).

Ein bundesweit „neues“ Leitbild der Beamtenbesoldung?

Stein des Anstoßes für die Reformen war ein Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2020, der sich auch mit der [Berliner Richterbesoldung](#) beschäftigte. In einem obiter dictum zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum stellte es damals fest, dass der Staat nicht verpflichtet sei, „die *Grundbesoldung* so zu bemessen, dass Beamte und Richter ihre Familie als

Alleinverdiener unterhalten können. Vielmehr steht es dem Besoldungsgesetzgeber frei, etwa durch höhere Familienzuschläge stärker als bisher die Besoldung von den tatsächlichen Lebensverhältnissen abhängig zu machen“ (Rn. 47). Bis heute geht das Gericht davon aus, dass ein einzelner Beamter mit seiner Besoldung (inklusive Familienzuschlägen) eine vierköpfige Familie ernähren und ihr einen seinem Amt angemessenen Lebensstandard ermöglichen kann. Diese Betrachtung ist aber kein normativ fixiertes Alleinverdiener-Leitbild, sondern eine faktische Bezugsgröße aus der Berechnungspraxis.

Allerdings entschlossen sich daraufhin einige Bundesländer dazu, ihre Besoldungsgesetze auf ein „neues Leitbild der Mehrverdienerfamilie“ umzustellen ([zum Überblick](#)). Die ähnlichen Gesetzesbegründungen und konkreten Ausgestaltungen sprechen dafür, dass die Länder die zitierte Passage für eine koordinierte Strukturreform nutzten (z. B. [hier](#) und [hier](#)). Für Beamtenfamilien wird nun unterstellt, dass neben dem Beamtengehalt auch ein Partnereinkommen – in NRW etwa in Höhe eines Minijob-Gehalts – in das Haushaltseinkommen einfließt. Der Beamte muss die Familie nicht mehr als Alleinverdiener finanzieren, weswegen konsequenterweise die Mindestbesoldung entsprechend um den pauschalen Beitrag des Partners schrumpft. Durch diese vielfach [als Rechenrick](#) kritisierte Kalkulation dämpfen Bund und Länder die finanziellen Folgen ab, die entstehen würden, wenn alle Besoldungsgruppen unter Einhaltung der Binnenabstände kollektiv angehoben würden, damit – im Sinne der alten Rechtsprechung – der Mindestabstand zur Grundsicherung gewahrt ist. Die Länder rechtfertigen ihre Reformen zwar mit den geänderten modernen Familienverhältnissen – wofür sozialwissenschaftlich einiges sprechen mag –, verschleiern aber gleichsam die dahinterstehenden fiskalischen Motive.

Bei Beamten am unteren Ende des Besoldungsspektrums nutzen die Länder schließlich eine zweifelhafte Hilfskonstruktion. Wenn der Ehe- oder Lebenspartner kein Einkommen bezieht und dadurch der Mindestabstand zur Grundsicherung gerissen wird, können Beamte einen Ergänzungszuschlag beim

Dienstherrn beantragen, um auf eine verfassungskonforme Alimentation zu kommen.

Mangelhafte Besoldungsreformen

Semantisch vermeidet der aktuelle Beschluss zwar jegliche Stellungnahme zu der Frage, ob Partnereinkommen pauschal miteinbezogen werden dürfen (Rn. 115). Schon jetzt ist jedoch festzuhalten, dass die Berliner Entscheidung die [verfassungsrechtliche Kritik](#) an großen Teilen der reformierten Besoldung im Hinblick auf das Mindestniveau und das Abstandsgebot stärkt.

Mit der neu eingeführten Prekaritätsschwelle signalisiert das Gericht den jeweiligen Gesetzgebern überdeutlich, dass sie die Mindestbesoldung nicht entlang der Grundsicherungsschwelle und damit gefährlich nah am Rand der Verfassungswidrigkeit manövrieren dürfen. Eine amtsangemessene Mindestalimentation muss nun, um qualitativ den Unterschied zur Grundsicherung zu betonen, die Freiheit vor existenziellen finanziellen Sorgen garantieren (Rn. 46). Dass Beamte in unteren Besoldungsgruppen – wie nach gegenwärtiger Rechtslage in vielen Bundesländern – erst durch ein Partnereinkommen oder einen Zuschuss des Dienstherrn den Abstand zur Grundsicherung einhalten, ist spätestens mit dem neuen Mindestniveau verfassungsrechtlich nicht mehr zu halten, insbesondere wenn der Zuschuss nur auf Antrag gewährt wird.

Zudem bestätigt das Gericht indirekt die Einschätzungen aus der [Wissenschaft](#) und von Verwaltungsgerichten ([VG Hamburg](#), [VG Schleswig](#)), dass das Abstandsgebot zwischen den Besoldungsstufen durch die Reform verletzt werde. Die Ausführungen zur Besoldungsentwicklung (bezogen auf die Jahresbruttobesoldung), die mit der Entwicklung weiterer volkswirtschaftlicher Größen verglichen wird, sind hier aufschlussreich (Rn. 78), da das Gericht an dieser Stelle die unterschiedlichen Bestandteile der Besoldung erklärt. Für die Prüfung der Besoldung komme es nur auf die Bestandteile an, die strukturell dem Grundgehalt ähneln, und gerade nicht auf jene Bestandteile, die Sonderbelastungen ausgleichen sollen. Der Ergänzungszuschlag in der reformierten Beamtenbesoldung hat die Funktion, eine verfassungsgemäße Mindestbe-

soldung sicherzustellen. Er ähnelt mithin strukturell dem Grundgehalt und ist bei der Betrachtung der Binnenabstände einzubeziehen. Daraus ergeben sich dann diverse Verletzungen des Abstandsgebots, da Beamte in unteren Besoldungsgruppen, deren Partner kein eigenes Einkommen beziehen und dadurch Anspruch auf den Zuschlag haben, eine ähnlich hohe Besoldung wie Beamte in höheren Gruppen erhalten.

Im Übrigen darf der verfassungsunmittelbare Anspruch eines Beamten auf amtsangemessene Alimentation [nicht von einem Antrag des Beamten abhängig gemacht werden](#). Das gegenwärtig vielfach genutzte Konzept mit einem Antragserfordernis und möglichen Ergänzungszuschlägen ist somit verfassungsrechtlich ungeeignet.

Wie entwicklungsoffen ist Art. 33 Abs. 5 GG?

Inwieweit schließlich die prinzipielle Einführung eines Leitbildes der Mehrverdienerfamilie mit den neuen Maßstäben des BVerfG vereinbar ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung durch die Gesetzgeber ab. Die neue Prekaritätsschwelle, die auf die Vergleichbarkeit des Haushaltseinkommens abstellt, mag hierfür Ansätze bieten. Doch bleibt Skepsis angebracht, wenn die bilaterale Natur des Dienstverhältnisses dadurch gebrochen wird, dass [das Partnereinkommen miteinbezogen wird](#). Über die Entwicklungsoffenheit des Besoldungsrechts wird auch das BVerfG daher erneut nachdenken müssen. Im Zuge dessen muss es außerdem berücksichtigen, dass die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit des Beamten, gemeinsam mit seinem Ehegatten oder Lebenspartner frei über ihr Familienmodell zu entscheiden, nicht durch die Art der Besoldung beeinträchtigt werden darf. Im Sinne des Schutz- und Förderauftrags des Art. 6 Abs. 1 GG dürfen sich Ehe und Familie [nicht zu Lasten des Beamten auswirken](#).

Der Arbeitsaufwand für Gesetzgeber und Verfassungsgerichte wird weiter hoch bleiben. Auf den Befreiungsschlag zur Berliner A-Besoldung werden noch weitere folgen müssen.

Liam Draf, Gunnar Duttge

Wenn Persönlichkeitsrechte auf der Strecke bleiben

Neues aus Karlsruhe zur Verdachtsberichterstattung

doi: 10.59704/1e26a77666401564



Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bleibt aktiv in Sachen Pressefreiheit. Ausgangspunkt der jüngst veröffentlichten Entscheidung ([Az.: 1 BvR 573/25](#)) waren mehrere Beiträge des Nachrichtenmagazins DER SPIEGEL zum sogenannten Wirecard-Skandal. In einem der Artikel wurde u. a. ein ehemaliger Wirecard-Manager namentlich genannt und unverpixelt abgebildet. In einem Weiteren wurde er – ebenfalls mit Abbildung – als „Schlüsselperson des Skandals“ sowie als „treuer Helfer“ von Jan Marsalek beschrieben. Letzterer gilt gemeinhin als Hauptverantwortlicher für den größten Finanzbetrug der jüngeren deutschen Geschichte mit einem [geschätzten Schaden von über 20 Milliarden Euro](#). Der von der Berichterstattung Betroffene ging gegen diese Darstellungen gerichtlich vor und war zunächst vor dem LG München sowie anschließend vor dem OLG München erfolgreich. Nach einer von dem Magazin erhobenen Verfassungsbeschwerde entschied das BVerfG mit [Beschluss](#) vom 03. November 2025 zugunsten des SPIEGEL. Das BVerfG stärkt mit niedrigeren Hürden für die Verdachtsberichterstattung die Pressefreiheit – das unverzichtbare [Wächteramt](#) einer demokratischen Gesellschaft. Die Kehrseite der Entscheidung ist jedoch: Persönlichkeitsrechte bleiben auf der Strecke.

Die rechtliche Ausgangslage

Inhaltlicher Streitpunkt sind die Grundsätze der Verdachtsberichterstattung, d. h. die journalistische Berichterstattung über eine Person, die eine Straftat begangen haben soll, auch wenn diese noch nicht rechtskräftig verurteilt wurde. Auf der einen Seite

steht die Meinungs- und Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2 GG des Pressemediums; auf der anderen Seite scheint ihr die Unschuldsvermutung der von der Berichterstattung betroffenen Person entgegenzutreten. Denn wenn über (Straftat-)Verdächtigungen berichtet wird, geht damit regelmäßig die Gefahr einer öffentlichen „Vorverurteilung“ einher – mit unter Umständen gravierenden Folgen für die betroffenen Personen, insbesondere beruflicher und sozialer Natur. Zudem kommt der Unschuldsvermutung als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG [Verfassungsrang](#) zu, ganz abgesehen davon, dass ihre normative Verankerung in Art. 6 Abs. 2 EMRK unstrittig ist. Wirft man jedoch einen Blick auf den Normwortlaut, so zeigt sich bereits darin, dass die Regelung allein für Strafverfahren gilt („einer Straftat angeklagt“) und ihren Adressaten bei den Strafverfolgungsbehörden, nicht aber der privaten Presse sucht und findet. Soweit Medienunternehmen und Presseorgane gleichwohl auf die Unschuldsvermutung Bezug nehmen (wie in Ziff. 13 des [Pressekodex – Ethische Standards für den Journalismus](#)), handelt es sich nur um eine [medienethische Selbstverpflichtung](#). Ob die Unschuldsvermutung als solche – wie [teilweise angenommen](#) – auf die mediale Berichterstattung „ausstrahlt“, kann offenbleiben. Denn die Unschuldsvermutung lässt sich grundrechtsdogmatisch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zurückführen, welches daher mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2 GG in ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu setzen ist. Schon daraus lässt sich schließen, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

nicht *per se* eine entsprechende Berichterstattung verbietet, dieser aber Grenzen setzt.

Diese von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grenzen bestehen im Wesentlichen darin, dass eine Berichterstattung über nicht bewiesene, verdachtsbegründende und im sozialen Ansehen stets herabwürdigende Sachverhalte nur dann in Betracht kommt, wenn es sich um einen gewichtigen Vorgang handelt, an dessen Offenlegung ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht. Gesondert zu berücksichtigen ist zudem, ob die Öffentlichkeit auch ein legitimes Informationsbedürfnis daran hat, die Identität der betroffenen Person zu erfahren (insbesondere durch Namensnennung und/oder Abbildung). Gleichzeitig ist zumindest ein Mindestbestand an Beweistatsachen erforderlich, die für den Wahrheitsgehalt der Information sprechen und ihr damit erst „Öffentlichkeitswert“ verleihen.

Zum „Ob“ der Verdachtsberichterstattung im konkreten Fall

Jene Grenzen sind aber nur dann überhaupt relevant, wenn die Berichterstattung tatsächlich einen „Verdacht äußert“. Und bereits hier widerspricht das BVerfG dem OLG hinsichtlich des am 5./6. Februar 2021 publizierten Artikels: Denn dieses habe versäumt, mögliche andere „Deutungsweisen“ der im Artikel „allenfalls vage[n] und ohne erkennbare Zuordnung zu den konkreten Vorgängen“ thematisierten Rolle des Klägers hinreichend in Erwägung zu ziehen (Rz. 55). Das OLG stufe den Artikel somit in einer verfassungsrechtlich unzulässigen Weise als Verdachtsäußerung ein. Diese Beurteilung wirft ganz prinzipiell die Frage auf, ob das BVerfG bei derart weitreichenden Eingriffen in die Sachverhaltsfeststellung seiner selbst so gern **betonten** Rolle, fern einer „**Superrevisionsinstanz**“, wirklich noch gerecht wird.

Zumindest aber lässt die konkrete Argumentation der Karlsruher Richterinnen und Richter den interessierten Leser irritiert zurück. Denn dass die betreffenden Passagen die Betroffenen nicht zwingend im strafrechtlichen Kontext zeigen, sondern nur als Objekt einer „Instrumentalisierung“ (durch den Haupttäter), ist bei der im Artikel vorherrschenden Etikettierung

(„Bande“, „Betrüger“, „treuer Helfer, der ins Schattenreich geholt wurde“) und mit Blick auf die klare strafrechtliche Relevanz des „Manipulators“ (Jan Marsalek) wohl doch eher abwegig.

Zumindest bei dem anderen Artikel erkennt aber auch das BVerfG, dass die Einstufung als *Verdachtsberichterstattung* (zumindest) „verfassungsrechtlich vertretbar“ sei (Rz. 48 f.). Im Ergebnis ist dieser Schluss zutreffend: Er ist jedoch nicht nur „verfassungsrechtlich vertretbar“, sondern vielmehr zwingend. Der Artikel muss nicht explizit eine Verdächtigung äußern (s. a. Rz. 49), wenn sich der Leserschaft die Strafbarkeit des Betroffenen durch die Schilderung des Betrugsmodells und der gewählten Formulierung „Das hat womöglich viel mit [Name des Betroffenen] zu tun“ geradezu aufdrängt. Bereits an der gewählt vorsichtigen Formulierung der Kammer zeigt sich aber, in welche Richtung das BVerfG tendiert.

BVerfG rügt den Ausflug ins Strafprozessrecht

Auch wenn sich OLG München und BVerfG im Hinblick auf den Bericht vom 20./21. November wenig überraschend einig waren, dass für die Zulässigkeit einer Verdachtsberichterstattung ausreichend Beweise vorliegen müssen, ist der vom OLG gewählte Ansatz aus Sicht des BVerfG allerdings unzulässig – und genau hier liegt eine *Crux* der Entscheidung: Das OLG München hatte im konkreten Fall verneint, dass genügend Beweistatsachen vorliegen, und darauf verwiesen, dass die Rechercheergebnisse nur einen Anfangsverdacht rechtfertigen würden. Dieser genüge jedoch nicht den Anforderungen für eine Verdachtsberichterstattung; es hat die Rechercheergebnisse also an den strafprozessualen Verdachtsgraden gemessen. Eben diesem strafprozessualen „Ausflug“ ist das BVerfG vehement entgegengetreten („grundlegendes Fehlverständnis [...] der Meinungsfreiheit“, Rz. 51).

Dabei bildet die Entscheidung des OLG München keinen „Ausreißer“: In der Literatur und auch in der Rechtsprechung werden die Verdachtsgrade regelmäßig als wesentliche Orientierungsgrößen für das Maß an erforderlichen Beweistatsachen gesehen. Und auf dieser Basis trifft es in der Tat auch zu, dass ein

Anfangsverdacht (zur Rechtfertigung einer Einleitung des Ermittlungsverfahrens, vgl. § 152 Abs. 2 StPO) aufgrund seiner vergleichsweise niedrigen Schwelle nicht als Äquivalent im Kontext der Verdachtsberichterstattung herangezogen werden kann, da für letzteres ein Mehr an Beweistatsachen nötig ist. Ob andererseits die deutlich höhere Hürde eines hinreichenden Tatverdachts (§§ 170 Abs. 1, 203 StPO) der Presse noch ausreichend Spielraum lässt, kann offenbleiben – das BVerfG lehnt dies entschieden ab (Rz. 51). Insofern ist es schon die Argumentation mit den strafprozessualen Verdachtsgraden als solche, die in Karlsruhe keine Sympathie gefunden hat. Zumindest prinzipiell ist der Kammer des Ersten Senats darin zuzustimmen, dass die strafprozessualen Verdachtsgrade im Kern nur in einem einzigen Sachbereich ihre Bewandnis haben: im Strafprozess. Der singuläre Verweis des OLG München auf einen fehlenden hinreichenden Tatverdacht wird der hiesigen Sache nicht gerecht, denn letztlich sind die Pressevertreter keine Ermittlungspersonen und es kann ihnen daher auch kaum zugemutet werden, sich streng an den strafprozessualen Grundsätzen zu orientieren.

Nun stehen aber hinter den verschiedenen Verdachtsgraden und der damit einhergehenden Wahrscheinlichkeitsprognose (für eine Verurteilung) Beweismomente, die – je nach ihrer Quantität und insbesondere Qualität – eine entsprechende Tendenz zu einer Verurteilungswahrscheinlichkeit begründen. Man kann es den Richterinnen und Richtern des OLG letztlich kaum verübeln, dass sie sich an bewährten Kategorien wie den Verdachtsgraden orientieren, um einen Maßstab für die Frage zu entwickeln, ab wann „hinreichende Anhaltspunkte“ für die Wahrheitsmäßigkeit des Verdachts existieren. Diese bieten wenigstens ein Mindestmaß an bekannter (Rechts-)Sicherheit. Hierauf zu verzichten, hieße also, sich mit einer kaum objektivierbaren, weitgehend willkürlichen Pauschalabwägung abzufinden, die mangels eines klaren und nachvollziehbaren Anwendungskonzepts keine sachgerechten Ergebnisse garantiert. Denn wer messen will, muss einen konkreten Maßstab und konkrete Kriterien benennen können!

In dubio pro Persönlichkeitsrecht

Es ist für die Betroffenen und ihre Persönlichkeitsrechte alles andere als eine Bagatelle, als mögliche Straftäter zwangsweise in das Licht der Öffentlichkeit gezerrt zu werden. Daher darf schon die Eingangshürde der Verdachtsberichterstattung nicht derart hoch sein, dass deren Maßstäbe nur noch in den ganz offensichtlichen Fällen zur Anwendung kommen. Denn nur weil auch andere Deutungsweisen (d. h. jenseits eines strafrechtlichen Bezuges) zumindest „möglich“ sind, heißt das im Umkehrschluss nicht, dass die breite Öffentlichkeit den Fall auch dergestalt wahrnimmt. Ohnehin reicht es mit Blick auf das Risiko der öffentlichen „Vorverurteilung“ aus, wenn die realistische Möglichkeit besteht, dass der Leser den Inhalt der Berichterstattung als strafrechtlich relevantes Verhalten deutet – so dass hier ein persönlichkeitspezifischer Zweifelssatz Vorzug verdient: im Zweifel also *für* die Einstufung als Verdachtsberichterstattung. Das führt keineswegs zu einer unmöglichen, sondern zwingt nur zu einer sensibleren Berichterstattung mit besonderer Rücksicht auf eine Identifizierbarkeit des von der Berichterstattung Betroffenen.

Vorstehendes bedeutet daher auch nicht, dass die Verdachtsberichterstattung auf ein „gerade noch mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2 GG in Einklang zu bringendes“ Minimum zu begrenzen ist. Im Gegenteil: Es existiert ein öffentlicher Auftrag der Medien, über Missstände und Skandale zu berichten, soweit dies für die Allgemeinheit legitimerweise von Relevanz ist. Bekanntlich wären viele vergangene Verfehlungen in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft nicht ans Tageslicht gekommen, wenn es nicht eine freie Presse gäbe, die solche Vorkommnisse bekannt gemacht hätte. Zugleich ist jedoch offensichtlich, dass eine breitenwirksame Berichterstattung über strafrechtliche Verdächtigungen mit Namen genannter oder gar abgebildeter Personen stigmatisierende Wirkung haben und damit deren verfassungsmäßiges „[Recht zur autonomen Selbstdarstellung](#)“ innerhalb der Gesellschaft massiv verletzen kann. Dabei dürfte es aus Sicht des Betroffenen faktisch kaum von Belang (und damit für die Beurteilung der Eingriffsschwere unwesentlich) sein, dass die

verwendeten, ihn unverpixelt zeigenden Porträtfotos „nur“ aus beruflich-öffentlichen Zusammenhängen stammen – so aber die Kammer des Ersten Senats (Rz. 59). Denn auch diese bringen ihn als konkret identifizierbare Person mit dem Straftatverdacht in Verbindung. Ohne substantielle, gewichtige Verdachtsmomente kann es also in einer auf die Freiheit des Einzelnen sich gründenden Rechtsordnung kein berechtigtes Interesse (auch nicht der Presse) geben, Menschen des öffentlichen Interesses in den (meist irreversiblen) sozialen Ruin zu zwingen.

Im Übrigen ist der vom BVerfG formulierte Orientierungsvorschlag zur Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht im hiesigen Spannungsfeld von ambivalenter Natur: Denn wenn die Kammer des Ersten Senats meint, das Interesse der Öffentlichkeit steige je schwerer der Tatvorwurf sei (Rz. 39), so ist das zwar zutreffend, bedeutet aber zugleich, dass auf der anderen Seite ebenso das Interesse des Betroffenen an seiner Anonymität wächst. Eine generelle Gewichtsverschiebung der unterschiedlichen Interessen resultiert daher aus der Schwere des Straftatverdachts nicht. Zu bedenken ist zudem, dass die öffentliche Wirkung einer Verdachtsberichterstattung meist nicht mehr beseitigt werden kann; es ist also für den Betroffenen kaum mehr möglich, nach der Berichterstattung wieder zur Anonymität zurückzukehren. Auch wenn im Nachhinein Gerichte ihre Unschuld feststellen, können hiervon Betroffene vor den „[Trümmern ihrer eigenen Existenz](#)“ stehen. Vor diesem Hintergrund wird man aus gutem Grunde fragen und sorgfältig prüfen müssen, ob eine Berichterstattung im mehr oder weniger weiten Vorfeld des zu diesem Zeitpunkt regelmäßig noch unsicheren Verfahrensausgangs tatsächlich erforderlich ist – und zwar aufgrund berechtigter Informationsinteressen der Allgemeinheit und nicht bloß dem Voyeurismus des zahlenden Publikums geschuldet.

Nicht weniger bedenklich ist, dass die Formulierungen des BVerfG (vor allem aus Sicht der Presse) folgenden Schluss zulassen: Es dürften an das Mindestmaß an Beweistatsachen womöglich umso geringere Anforderungen gestellt werden, je undurchsichtiger der Sachverhalt sei. Denn insbesondere bei

komplexen (Wirtschafts-)Straftaten könnte die Presse die Hürde des hinreichenden Tatverdachts nicht bzw. kaum erfüllen (Rz. 51). Dem Persönlichkeitsrecht angemessen ist jedoch der gegenteilige Schluss: Gerade wenn die konkrete Beteiligung am strafrechtsrelevanten Sachverhalt noch unklarer ist und somit auch das bei der Abwägung zu berücksichtigende Öffentlichkeitsinteresse an der Person schwindet, lässt sich die öffentlichkeitswirksame Offenlegung der Identität einer konkreten Person kaum rechtfertigen.

Das alles zeigt, wie sehr die bereits an anderer Stelle (AfP 2025, 15 ff.) formulierte Mahnung berechtigt ist, dass ohne ein ausdifferenziertes Konzept von Anwendungsregeln keine Rechtssicherheit zu erwarten ist. Das gilt schon für die Rechtsprechung des BGH, aber noch mehr für eine verfassungsrechtliche Globalbetrachtung, die meint, durch das Fernglas der abstrakten Grundwerte sowie mit einer gehörigen Portion Freiheitsidealismus (zugunsten des öffentlichen Diskurses) sachgerechte Ergebnisse im Einzelfall deduzieren zu können. Im vorliegenden Fall manifestiert sich die dezisionistische Attitüde des BVerfG nach Art eines O.W. Holmes durchaus deutlich („Recht ist nichts anderes als die richtige Voraussicht dessen, was die letzte Instanz sagen wird“ [The Path of Law, Harvard Law Review 1897, S. 460]); nur muss man die Botschaft nicht schon deshalb gut finden.

Benedikt Riedl

Gekommen, um zu bleiben

Warum wir auch nach Egenberger die Ultra-vires-Kontrolle institutionalisieren müssen

doi: 10.59704/99c9457f30b10a36



Heiko Sauer hat dem BVerfG [an dieser Stelle](#) unlängst einen „Kurswechsel im Europaverfassungsrecht“ bescheinigt. Anlässlich des [Egenberger-Beschlusses](#) des Zweiten Senats zeichnet er das Bild eines Bundesverfassungsgerichts, das nach den Erschütterungen des [PSP-Urteils](#) (BVerfGE 154, 17) in ruhigeres Fahrwasser zurückkehrt. Sauer spricht von einer „wohltuenden Deflationierung der Ultra-vires-Kontrolle“, ja von einem „Abgesang“ auf die großen europaverfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen. Die Karlsruher Kontrollvorbehalte würden auf das zurückgeführt, was sie einst sein sollten: exzeptionelle Letztvorbehalte, theoretische Notbremsen, deren Betätigung in weite Ferne rückt. Der Tenor ist Erleichterung: Die Harmonie scheint wiederhergestellt, weil die Dissonanz leiser geworden ist.

So verlockend diese Deutung angesichts des Wunsches nach einem harmonischen Gerichtsverbund sein mag: Sie läuft Gefahr, die bloße Abwesenheit offenen Streits mit einer strukturellen Befriedung gleichzusetzen. Ich möchte *Sauers* These daher ergänzen und zugleich wenden: Nicht die Deflationierung, die der Kontrolle die Wirkungskraft entzieht, ist die Lösung, sondern ihre Institutionalisierung.

Echte Kooperation erfordert Regeln für den Umgang mit Kompetenzgrenzen – ein institutionalisiertes Zusammenspiel, das den Konfliktfall nicht als unionsverfassungswidrigen Betriebsunfall, sondern als klärungsbedürftigen Dialog begreift. Die Ultra-vires-Kontrolle ist kein Störfall, sondern – richtig verstanden – ein notwendiges Institut des Unionsverfassungsrechts selbst.

Kein deutscher Sonderweg: Der europäische Befund

Ein zentrales Missverständnis in der Debatte um die „Deflationierung“ ist die Annahme, die Ultra-vires-Kontrolle sei ein deutsches Phänomen, ein Karlsruher Sonderweg, den man nun langsam wieder in den europäischen Mainstream eingliedert. Eine systematische Gesamtschau der europäischen Verfassungsrechtsprechung zeigt jedoch ein ganz anderes Bild: Europäische Normalität ist die Ablehnung eines absoluten, kompetenzblinden Anwendungsvorrangs.

Solange die Mitgliedstaaten über das ‚Ob‘ und ‚Wie‘ der Integration entscheiden, ist die Ultra-vires-Kontrolle keine nationale Marotte, sondern die logische Kehrseite der europäischen Kompetenzordnung. Zwar beansprucht der EuGH für sich eine absolute Autonomie des Unionsrechts und ein damit verbundenes umfassendes Rechtsprechungsmonopol. Doch diese absolute Autonomie ist eine Fiktion, die weder historisch noch dogmatisch in den Verträgen verankert ist. Die EU fußt auf dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV). Dieses Prinzip ist keine bloße politische Absichtserklärung, sondern die rechtliche Lebensader der Union. Damit bleibt die Union eine abgeleitete Rechtsordnung; ihre Geltung beruht nicht auf sich selbst, sondern auf dem Willen der Mitgliedstaaten und deren verfassungsrechtlich verordneten und demokratisch gesteuerten Rechtsanwendungsbefehlen.

Dies ist auch kein deutsches Spezifikum, sondern europäischer Verfassungsstandard: Sei es Art. 23 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, Art. 88-1 der französischen Verfassung, Art. 90 der polnischen Verfassung oder

Art. 11 der italienischen Verfassung – sie alle öffnen die nationale Rechtsordnung für das Unionsrecht, markieren aber als Geltungsgrund zugleich dessen Grenzen.

In der Mehrzahl der Mitgliedstaaten haben Verfassungsgerichte Kontrollvorbehalte etabliert, die funktional der Ultra-vires-Kontrolle entsprechen. Das dänische *Højesteret* hat im *Ajos-Urteil* (Case 15/2014) eine klare rote Linie gezogen und dem EuGH die Gefolgschaft verweigert, gestützt auf das Bestimmtheitserfordernis der dänischen Verfassung bei der Hoheitsrechtsübertragung. In Frankreich nutzen der *Conseil constitutionnel* und der *Conseil d'État* eine flexible Prinzipienabwägung („Identitätskontrolle“ bzw. „Äquivalenzttest“), um sicherzustellen, dass Kompetenzüberschreitungen nicht die Verfassungsidentität aushöhlen – wie etwa im *French Data Network-Urteil* (Conseil d'État, Nr. 393099) deutlich wurde. Auch in Tschechien (*Holubec*, Pl. ÚS 5/12), Polen (*K 18/04*, vor der Rechtsstaatskrise) oder Italien („Controlimiti“, vgl. schon *Fragd*, 232/1989) behalten sich die Gerichte vor, den Vorrang des Unionsrechts dort zu begrenzen, wo fundamentale Verfassungswerte und die Volkssouveränität berührt sind.

Wenn wir also über eine „Deflationierung“ sprechen, dürfen wir nicht so tun, als sei das *PSPP-Urteil* ein Betriebsunfall gewesen, den man nun korrigiert. Es war vielmehr der deutlichste Ausdruck einer europaweit geteilten Rechtsüberzeugung: Die Geltung des Unionsrechts endet dort, wo das demokratische Mandat der nationalen Verfassung seine Grenze findet.

Vom Störfaktor zum Institut des Unionsrechts

Das Desiderat der aktuellen Debatte ist ein Perspektivwechsel: Die Ultra-vires-Kontrolle steht nicht außerhalb des unionalen Rechtsrahmens, sondern stützt sich auf die Verträge selbst. Die Ultra-vires-Kontrolle ist damit nicht als Störfaktor, sondern als *Institut des Unionsrechts* zu begreifen. Sie ist der Schlüssel zur Lösung des Konflikts.

Zunächst verpflichtet die Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 EUV die Union, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungs-

mäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt. Entgegen einer scheinbar verbreiteten Lesart handelt es sich hierbei nicht um unverbindliche politische Lyrik oder eine bloße Höflichkeitsfloskel gegenüber den Hauptstädten, sondern um eine harte, justiziable Rechtsnorm mit klarem Geltungsanspruch. Art. 4 Abs. 2 EUV fungiert als eine Art „Rechtsgrundverweisung“: Das Unionsrecht öffnet sich an dieser Stelle bewusst für die unantastbaren Kernelemente der mitgliedstaatlichen Verfassungen und macht deren Schutz zu einer eigenen unionsrechtlichen Verpflichtung. Damit ist im Primärrecht selbst eine immanente Schranke angelegt, die den Geltungsanspruch des Unionsrechts dort begrenzt, wo es die verfassungsrechtliche Identität und Volkssouveränität eines Mitgliedstaats berührt.

Diese Identitätswahrung ist untrennbar mit den demokratischen Prinzipien der Union verknüpft, wie sie in Art. 2 und Art. 10 EUV niedergelegt sind. Die Europäische Union bezieht ihre demokratische Legitimation nicht aus einem eigenen Staatsvolk, sondern abgeleitet aus den Wahlvölkern der Mitgliedstaaten, vermittelt über die nationalen Parlamente und das Europäische Parlament. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist der Garant dieser demokratischen Rückbindung: Nur soweit eine Kompetenzübertragung durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert wurde, darf die Union handeln. Eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung – also ein Handeln ultra vires – ist daher niemals nur ein technischer Fehler im Zuständigkeitsgefüge, sondern ein Angriff auf das Demokratieprinzip selbst. Wenn Unionsorgane Mandate an sich ziehen, die ihnen nie übertragen wurden, durchbrechen sie den demokratischen Legitimationszusammenhang und verletzen die Volkssouveränität, die als Kernbestandteil der nationalen Verfassungsidentität unter dem besonderen Schutz des Art. 4 Abs. 2 EUV steht.

Diese Feststellung muss auch prozedural abgesichert werden: Wenn das materielle Unionsrecht über Art. 4 Abs. 2 EUV den Schutz der verfassungsrechtlichen Identität und der demokratischen Selbstbestimmung garantiert, muss es auch ein Verfahren geben, um diesen Schutz im Ernstfall durchzusetzen. Würde man den nationalen Verfassungsgerichten dieses

Instrument verweigern, liefe der Schutz der Verfassungsidentität ins Leere, sobald der EuGH eine Kompetenzüberschreitung nicht als solche erkennt oder sanktioniert. Die Ultra-vires-Kontrolle ist daher kein Akt des Ungehorsams gegen das Unionsrecht: Sie stellt sicher, dass die in den Verträgen selbst angelegten Grenzen der Integration nicht durch eine schleichende Kompetenzausweitung *contra legem* überschritten werden.

Die Kontrolle sichert daher die demokratische Legitimation der Union. Denn die EU ist eine kompetenziell legitimierte Demokratie. Wenn Kompetenzen ohne Mandat wandern („Creeping Competences“), kann die Zustimmung der Bürger erodieren. Die Überwachung der Kompetenzgrenzen verfolgt eine demokratiespezifische Ventilfunktion.

Indem wir die Ultra-vires-Kontrolle als Institut des Unionsrechts begreifen, wandelt sie sich von einer einseitigen „Notbremse“ zu einem Instrument des Dialogs im Verfassungsgerichtsverbund. Das Ziel ist eben nicht der Bruch, sondern die Sicherung der gemeinsamen Rechtsgrundlage. Institutionalisiertes Zusammenspiel bedeutet, dass nationale Verfassungsgerichte und der EuGH nicht gegeneinander, sondern in einem arbeitsteiligen Prozess miteinander fungieren: Der EuGH sichert die Einheitlichkeit (Art. 19 EUV), die nationalen Gerichte sichern die Grenzen der Ermächtigung.

Prozeduralisierung statt Konfrontation: Ein Vier-Stufen-Modell

Wie sieht dieses Zusammenspiel konkret aus? Es darf kein „wildes“ Ausbrechen geben, keine willkürliche Verweigerung der Rechtsbefolgung. Ein europarechtskonformes Ultra-vires-Verfahren muss zwingend prozeduralisiert sein. Nur durch Verfahren lässt sich der Konflikt von der politischen auf die rechtliche Ebene heben und dort befrieden.

Ein solches institutionalisiertes Verfahren könnte man – grob angerissen – *de lege lata* in vier Stufen konzipieren, die sich aus einer Zusammenschau der verfassungsrechtlichen Grundlagen in Art. 2, Art. 4 Abs. 2 und 3 sowie Art. 5 EUV und den Rechtsschutzgarantien der Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV ergeben:

Erstens verlangt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV) eine präzise Trennung zwischen einfachem Rechtsverstoß und Kompetenzanmaßung. Nicht jede fehlerhafte Rechtsanwendung ist ein Ultra-vires-Akt; vielmehr muss ein struktureller Ausbruch aus dem „Integrationsprogramm“ des Zustimmungsgesetzes vorliegen. Ein solcher ist gegeben, wenn die Union entweder in einem Bereich tätig wird, für den ihr die Verbandskompetenz fehlt, oder wenn sie eine bestehende Kompetenz unter Missachtung ihrer konstitutiven Schranken – etwa durch Verletzung von Verbotsnormen oder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – so exzessiv ausübt, dass dies faktisch einer vertragslosen Kompetenzerweiterung gleichkommt.

Auf der zweiten Stufe greift die prozedurale Sicherung durch die gerichtliche Kooperationspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 267 AEUV. Bevor ein mitgliedstaatliches Verfassungsgericht eine Unionsmaßnahme im eigenen Rechtsraum unangewendet lässt, trifft es eine Vorlage- und Dialogpflicht. Bestehen Zweifel an der Kompetenzgrundlage, muss der Weg nach Luxemburg beschritten werden; der Dialog ist keine Option, sondern eine unionsrechtliche Notwendigkeit zur Klärung der Rechtslage. Das BVerfG hat dies im [OMT-Verfahren](#) (BVerfGE 134, 366) vorgebracht: Es legte detailliert dar, warum es eine Kompetenzüberschreitung sah, gab dem EuGH aber die Möglichkeit zur (konformen) Auslegung.

Drittens ist die Zuständigkeitsverteilung nach Art. 19 EUV zu respektieren: Danach hat der EuGH das Mandat zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung der Verträge“. Dabei muss sich der EuGH aber nachvollziehbarer Methoden bedienen. Hier liegt die Chance, die Sauer in seiner Analyse der „Deflationierung“ vielleicht unterschätzt. Wenn das BVerfG in Egenberger die Entscheidung des EuGH akzeptiert, dann nicht aus Resignation, sondern weil es die Antwort des EuGH auf ihre „Methodengerechtigkeit“ geprüft hat. Wenn der EuGH aber die methodischen Standards völlig missachtet – etwa indem er offensichtliche Tatsachen ignoriert, den Wortlaut verkehrt oder willkürliche Rechtsfortbildung betreibt –, verlässt er den Boden der *Auslegung der Verträge* und betreibt unzulässige

Rechtssetzung. Um hierbei die Rechtssicherheit zu wahren, bedarf es geschärfter Kategorien für solche schwerwiegenden Methodenfehler.

Das *Weiss-Urteil* des EuGH (C-493/17) war ein warnendes Beispiel für ein methodisches Defizit, in dem der Gerichtshof die wirtschaftspolitischen Auswirkungen der EZB-Politik faktisch ausblendete und so eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unmöglich machte. Im Fall *Egenberger* hingegen sah das BVerfG die Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinie als methodisch vertretbar an. Das ist der Unterschied: Dem EuGH-Urteil wird nicht blind gefolgt („Deflationierung“), vielmehr ist es das Ergebnis einer eingehenden Prüfung („Institutionalisierung“). Das BVerfG behält sich die Kontrolle vor, übt sie aber zurückhaltend aus, solange der EuGH methodisch nachvollziehbar arbeitet.

Viertens muss das Verfahren gegen Rechtsmissbrauch abgesichert sein. Eine Ultra-vires-Kontrolle darf keinesfalls dazu dienen, rechtsstaatliche Standards abzubauen oder sich den Grundwerten der Union zu entziehen. Warnende Beispiele für einen solchen instrumentellen Missbrauch liefern die Rechtsprechungspraxis des politisch gekaperten polnischen Verfassungsgerichtshofs (etwa im *Urteil K 3/21*) und des ungarischen Verfassungsgerichts (insbesondere *Entscheidung 22/2016*). Rechtssicherheit schafft hier nur eine präzise Fallgruppenbildung auf Basis von Art. 2 EUV. Denn nationale Identität darf nicht zum Deckmantel autoritärer Strukturen werden: Wer den Rechtsstaat im Inneren schleift, kann sich gegenüber der Union nicht auf ihn berufen.

Fazit: Keine Angst vor institutionalisierter Dissonanz

Sauers „Abgesang“ auf die großen Auseinandersetzungen ist insofern verfrüht, als die institutionellen Fragen noch nicht abschließend geklärt sind. Die Kompetenzfragen werden nicht verschwinden, solange die Union sich dynamisch entwickelt und Krisenbewältigung mit Kompetenzdehnung einhergeht. Sie aber nur „kleinzukochen“, reicht nicht. Wir sollten die Ultra-vires-Kontrolle aus der Schmutzecke des vermeintlichen Nationalismus holen und sie als proze-

durales Element fest in die Unionsarchitektur einbauen.

Das *PSPP-Urteil* mag als Schock empfunden worden sein, doch historisch betrachtet könnte es die Geburtsstunde einer effektiven Kompetenzkontrolle als Gemeinschaftsaufgabe sein. Ähnlich wie die *Solange I*-Rechtsprechung (BVerfGE 37, 271) einst den EuGH zwang, den Grundrechtsschutz ernst zu nehmen, zwingt der Ultra-vires-Vorbehalt den Gerichtshof heute, seine Rolle als Hüter der Kompetenzordnung ernster zu nehmen und nicht einseitig als „Motor der Integration“ zu agieren.

Ein institutionalisiertes Verfahren zwingt zur Begründung und zur Auseinandersetzung mit den Argumenten der anderen Seite. Es transformiert den Machtkampf in einen Diskurs. Eine Union, die ihre eigenen Grenzen ernst nimmt und deren Einhaltung durch ein kooperatives Verfahren garantiert, ist am Ende harmonischer, legitimer und auch effektiver als eine Union, die Kompetenzkritik als Majestätsbeleidigung behandelt.

Echte Stabilität wird nicht dadurch erzeugt, dass die Verfassungsgerichte verstummen, sondern indem sie in ein geordnetes europäisches Verfahrensrecht eingebunden werden. Die jüngere Rechtsprechung der europäischen Verfassungsgerichte zeigt immer deutlicher: Die Ultra-vires-Kontrolle ist gekommen, um zu bleiben. Wer ihren Abgesang anstimmt, verkennet, dass gerade die rechtlich eingeebte Möglichkeit des „Nein“ das „Ja“ zur europäischen Integration erst unionsverfassungsrechtlich tragfähig macht. Das ist das „institutionelle Zusammenspiel“, das wir auch nach *Egenberger* weiterentwickeln müssen.

Johannes Schäffer

Verfassungsrecht nur der Form halber

Das Zitiergebot und sein Update im „Martinstor-Beschluss“

doi: 10.59704/5b45b1e55b97d957



Das Zitiergebot in [Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG](#) steht nicht allzu oft im Scheinwerferlicht. Unbefangen betrachtet wirkt es kompromisslos: Der Gesetzgeber muss Grundrechte benennen, wenn er sie einschränkt. Das BVerfG hat dieses Gebot in der Vergangenheit aber restriktiv – also gesetzgebungsfreundlich – ausgelegt.

Mich überzeugt die Rechtsprechung nicht. Der jüngste, auf eine Verfassungsbeschwerde ergangene [Beschluss vom 1. Oktober](#) schafft in dem Bestreben um Klarheit neue Unklarheiten, die sich zu diversen methodischen und dogmatischen Fragezeichen rund um das Zitiergebot gesellen. Vielleicht ist es an der Zeit, mit der vom BVerfG ungeliebten Formvorschrift abzurechnen. Weil eine demokratischere, grundrechtsstärkende Auslegung bzw. Erneuerung der Norm unerreichbar scheint, hieße dies (für den verfassungsändernden Gesetzgeber): Abschied nehmen.

Hintergrund und Problemstellung

Die eine Seite führt eine Versammlung zum „Schutz des ungeborenen Lebens“ durch, die andere Seite blockiert sitzend die geplante Route – konkret das Freiburger Martinstor. Einzelne dieser Personen halten Transparente hoch, etwa: „Gegen reaktionäre Knetköpfe“. Nach einiger Zeit löst die Polizei die Gegenveranstaltung auf. So weit, so alltäglich.

Was sich 2015 im Breisgau ereignete, hatte jedoch noch ein juristisches Nachspiel, an dessen Ende der spätere Beschwerdeführer 2020 gemäß [§ 21 VersG](#) rechtskräftig verurteilt wurde (das VersG gilt in Baden-Württemberg nach Art. 125a Abs. 1 GG fort). Eine strafbewehrte „grobe Störung“ in der Absicht, die Versammlung der Abtreibungsgegner zu vereiteln,

nahmen die Fachgerichte auch für die Zeit vor Auflösung der Sitzblockade an.

Das BVerfG hielt es vor diesem Hintergrund für geboten, die eigenen Maßstäbe für Blockadeaktionen zu schärfen. Die zur Bestimmung der Reichweite des versammlungsrechtlichen Schutzbereichs bislang vorgenommene schematische Differenzierung zwischen den Zielen solcher Aktionen – „Teilhabe an der Meinungsbildung“ oder „selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen“ ([hier](#)) – überzeuge nicht, wenn zwischen diesen Zielen eine Wechselwirkung besteht ([hier](#), Rn. 76). Nunmehr verlangt das Gericht für [Art. 8 GG](#) ein „über die bloße Negation der gestörten Meinungskundgabe“ hinausgehendes, insofern „eigenständiges Element der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung [...], ohne dass es auf dessen Gewichtung gegenüber dem Störungselement ankäme“ (Rn. 80). Eine solche Gewichtung nach dem Schwerpunkt sei nämlich „praktisch kaum möglich“ (Rn. 82).

Das ist hilfreich. Kernproblem des Falles aber war ein anderes – das Zitiergebot: Zwar erwähnt [§ 20 VersG](#) Art. 8 GG als eingeschränktes Grundrecht. Dies bezieht sich jedoch einzig auf den 3. Abschnitt des VersG (und [§ 21](#) steht bereits im nächsten). Damit stellte sich die Frage, ob [§ 21 VersG](#) als Rechtsgrundlage überhaupt formell verfassungskonform ist. Dies hat das BVerfG bejaht (ebenso wie die materielle Verfassungskonformität der Norm). Letztlich hatte die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg.

Zweck des Zitiergebots

Das Zitiergebot wendet sich nachvollziehbarerweise – als Formvorschrift und da andernfalls ein Widerspruch

zu Art. 123 GG entstände – allein an den nachkonstitutionellen Gesetzgeber, wie das BVerfG schon früh entschieden hat (vgl. [hier](#)). Diesem gegenüber entfalte das Zitiergebot eine „Warn- und Besinnungsfunktion“ ([hier](#)). Vereinzelt hieß es, das Zitiergebot finde seinen „eigentlichen Sinn“ darin, öffentliche Debatten zu initiieren (etwa [hier](#)). Abseits davon weist die Literatur oftmals auf eine allgemeine Klarstellungs-, Hinweis- bzw. Informationsfunktion hin, die sich an die Rechtsanwender und Normadressaten richtet. Das BVerfG hält sich zu diesem Aspekt jedoch bedeckt ([hier](#), Rn. 187).

Bislang: eine Schneise methodischer Verwüstung

Im Jahr 1949 war durchaus mit Spannung zu erwarten, wie sich das Zitiergebot entwickeln würde. Sollte „eine dieser kleinen Klauseln“, wie v. Mangoldt (CDU) im Parlamentarischen Rat (Ausschuss für Grundsatzfragen, 32. Sitzung vom 11. Januar 1949) geringschätzig meinte, den Gesetzgeber weitgehend hemmen? Könnte es eventuell zu einer umfassenden „Parlamentarisierung“ von Grundrechtseingriffen kommen? Schon früh verneinte das BVerfG diese Fragen und legte das Zitiergebot restriktiv aus (wohlwollend begleitet durch den von v. Mangoldt mitherausgegebenen – vom Gericht vielzitierten – Kommentar zum Grundgesetz). Über die Jahrzehnte hinterließ das BVerfG dabei allerdings eine Schneise methodischer Verwüstung.

Als zentrales Argument des BVerfG fungiert stets der Verweis auf den formalen Charakter der Vorschrift. Daraus zieht es nämlich den Schluss, dass eine enge Auslegung geboten sei, wenn es „nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarren“ und den „Gesetzgeber in seiner Arbeit unnötig behindern soll“ (bspw. [hier](#)). Das ist pragmatisch, lässt freilich unberücksichtigt, dass „Behinderungen“ des Gesetzgebers gerade zum Anliegen des Zitiergebots gehören. Indem das BVerfG dies nicht weiter begründet, bleibt die These von der engen Auslegung im Grunde eine *petitio principii*.

Das bereits angerissene historische Argument – insbesondere, dass die Mitglieder des Parlamentarischen Rats um die möglichen Auswirkungen und Erschwernisse für den Gesetzgeber wussten und trotzdem im Ausschuss mit 11:7 Stimmen für die Aufnahme

des Zitiergebots stimmten – spricht für eine extensivere, wortlautgetreue Auslegung; das BVerfG ignoriert dies jedoch, soweit ersichtlich, in Gänze.

Im Übrigen scheint die Rechtsprechung in einer manchmal merkwürdig anachronistisch wirkenden Kasuistik verfangen, aus der sie sich nicht befreien kann – oder eher: nicht befreien will.

Dies fängt beim Wortlaut an. Das BVerfG reduziert das Zitiergebot auf qualitativ „neue Grundrechtsbeschränkungen“ ([hier](#)), also Gesetzesreformen, die in der Sache veritable neue bzw. andersartige Grundrechtsbeschränkungen mit sich bringen. Wiederholungen eines Eingriffs seien nicht umfasst – so etwa bei § 21 VersG, der im Jahr 1978 unverändert neu erlassen wurde. Gleiches gelte sogar bei „geringen Abweichungen“ ([hier](#)). Im [Sasbach-Beschluss](#) hielt das BVerfG das Zitiergebot nicht einmal für einschlägig, wenn der Gesetzgeber bestehende Regeln auf völlig neue Sachverhalte erstreckt. Im Text von Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG lässt sich all dies nicht festmachen. Dort findet lediglich „das Grundrecht“ Erwähnung, welches vom einschränkenden „Gesetz“ zu nennen ist.

Grundrechtseinschränkungen, auf die das Zitiergebot explizit Bezug nimmt, grenzt das BVerfG von Eingriffen in vorbehaltlos gewährte Grundrechte ab. Diese unterlägen nicht der Zitierpflicht ([hier](#)), was in Art. 19 Abs. 1 GG eine gewisse Stütze findet („Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann“). Das Gericht bleibt hier jedoch nicht stehen. Obwohl die „Grundrechtseinschränkung“ als solche keine theoretisch fundierte Kategorie bildet, nutzt es selbige zur weiteren Ausdifferenzierung. So finde das Zitiergebot auf Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums (vgl. [hier](#)), Regelungen im Sinne der Berufsfreiheit ([hier](#)) und außerdem allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG (vgl. [hier](#)) keine Anwendung. Grundrechtsdogmatisch verwundert diese Ansicht. Denn danach kommt es schlicht auf die Eingriffswirkung an – und eine „Regelung“ der Berufsfreiheit ist ebenso ein Eingriff wie § 21 VersG, wenn selbiger sich – wie hier in Freiburg – gegen Gegendemonstranten richtet. Letztlich hat sich die zunehmend komplexere Eingriffsdogmatik vom Zitiergebot

entkoppelt. Systematisch konsequent wäre wohl, allein Enteignungen und verfassungsändernde Gesetze von der Zitierpflicht auszunehmen, weil mit Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG und Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG insoweit *leges speciales* existieren.

Für eine weite Lesart des Zitiergebots spricht, teleologisch betrachtet, auch die Warn- und Besinnsfunktion. Denn in der parlamentarischen Realität sind die Abgeordneten vielfach nicht in die konkreten Beratungen involviert. Umso wichtiger ist dann der Hinweis auf Grundrechtseingriffe. Das BVerfG meint (u. a. [hier](#)) in diesem Zusammenhang, dass sich der Gesetzgeber, wenn er die Berufsfreiheit „regelt“ oder den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmt, ohnehin der Grundrechtsrelevanz bewusst sei. Das aber ist eine lebensfremde Unterstellung, der zufolge alle Abgeordneten verfassungsrechtlich gut vorgebildet wären. Darin steckt überdies ein gewichtiges Argument zur Anwendung des Zitiergebots auf vorbehaltlos gewährte Grundrechte. Auch insoweit unterstellt das BVerfG nämlich, der Gesetzgeber wüsste – geradezu selbstverständlich – um die Grundrechtsrelevanz seiner Gesetze. Bei Versammlungen hieße dies etwa, dass die Abgeordneten um den Schrankenvorbehalt in Art. 8 Abs. 2 GG wissen, die dort genannten „Versammlungen unter freiem Himmel“ dem Sinn und Zweck entsprechend als öffentlich zugänglich auslegen und bei Versammlungen, die nicht unter den Vorbehalt fallen, keinen Warnhinweis benötigen – anders als bei solchen, die unter freiem Himmel stattfinden. Nun ja. Wirklich plausibel ist das nicht. Einzig mit Blick auf Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne der *Elfes*-Rechtsprechung, die eine umfassende Bindung der Legislative bewirkt hat, verkäme das Zitiergebot in der Tat zu einem bloßen Textbaustein ohne echten Warneffekt (dazu [hier](#)).

Update: zwischen Offenkundigkeit und Vorhersehbarkeit

In mancherlei Hinsicht bringt der Beschluss Klarstellungen, die bei isolierter Betrachtung zu begrüßen sind. Er wirft allerdings auch weitere Fragen auf. Für

die Zukunft verbleibt dem Zitiergebot nur ein schmaler Korridor.

Bislang war umstritten – soweit Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG überhaupt noch zur Anwendung kommt –, welche zusätzlichen qualitativen Anforderungen an den Grundrechtseingriff zu stellen sind. Mitunter hat das BVerfG formuliert, ein Gesetz müsse darauf „abzielen“, das Grundrecht einzuschränken (z. B. [hier](#)). In der *Kalkar*-Entscheidung hieß es, der Gesetzgeber müsse den Eingriff „in Kauf“ genommen haben.

Mit seinem *Martinstor-Beschluss* hat das BVerfG zunächst betont, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG der Legislative nur das „realistisch Erkennbare und Leistbare“ (Rn. 119) abverlangt. Dies habe zwei Ausprägungen: Zum einen gelte das Zitiergebot für Eingriffe, die der Gesetzgeber „konkret erkannt und vorhergesehen hat“ (Rn. 121), zum anderen für „hinreichend vorhersehbare“ Eingriffe (Rn. 120). Dazu gehören solche, die sich dem Gesetzgeber „jedenfalls hätten aufdrängen müssen“ (Rn. 123). Reduzierte Anforderungen bestünden, wenn eine Grundrechtsfrage noch nicht geklärt sei (Rn. 124). Die Vorhersehbarkeit stelle unterdessen lediglich ein notwendiges Kriterium dar; strengere Erfordernisse lässt das BVerfG mit Blick auf die Vielgestaltigkeit von Grundrechtseingriffen dahinstehen (Rn. 126), bereitet mithin zukünftigen (weiteren) Restriktionen den Weg. Angewendet auf den Fall sah das Gericht unter diesen Vorzeichen keinen Verstoß (Rn. 145 ff.). Zwar seien die etablierten Ausnahmen vom Zitiergebot nicht einschlägig. Der Eingriff in Art. 8 GG sei jedoch ex ante – da der Gesetzgeber bei Erlass von § 21 VersG nur Störungen durch nicht von der Versammlungsfreiheit geschützte Personen im Fokus gehabt habe – nicht vorhersehbar gewesen. Nicht einmal die seinerzeitige Bundestagsdebatte, in der eine „zu starke Einengung der politischen Freiheiten“ zur Sprache kam, genügte dafür (Rn. 148), ebenso wenig die historische Diskussion um das Phänomen kollektiv störender „Singstunden“, die sich spezifisch gegen andere Versammlungen richteten ([hier](#), S. 12865). Dass sich damals, im Jahr 1953, noch keine Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit herausgebildet hatte, spreche zudem gegen die Vorhersehbarkeit (Rn. 155). Damit scheint sich das BVerfG zugleich,

ohne dies zu erwähnen, von früherer Judikatur verabschiedet zu haben: Früher hat es nämlich trotz bestehender Unklarheiten – obschon sich das Urteil seinerzeit auf die Gesetzgebungspraxis bezog, nicht wie hier auf die Judikative – einen Verstoß angenommen, um eine pragmatische (wenig dogmatische) Lösung in der Rechtsfolge zu suchen ([hier](#)).

Dass man dies in der Sache anders bewerten kann, weil die Beschränkung offenbar bereits damals für möglich gehalten wurde und gerade eine noch offene Rechtsprechungsentwicklung zur Vorsicht mahnt, ist das eine. Das andere ist, dass die hohe Schwelle für die Annahme von „Vorhersehbarkeit“ nicht mehr allzu weit von „offenkundigen“ Eingriffen entfernt sein dürfte – in diesen Fällen aber wird die Nennung der eingeschränkten Grundrechte gemäß einer weiteren vom BVerfG etablierten Ausnahme entbehrlich ([hier](#), zuletzt [hier](#)). Davon rückt es auch nicht etwa implizit ab ([hier](#), Rn. 117, 145). Der Eingriff muss demnach jedenfalls vorhersehbar, darf aber nicht schon offenkundig sein. Besonders schmal wird der Grat, wenn man „vorhersehbar“ in dem vom BVerfG angesprochenen (und oben erwähnten) Sinne versteht, dass sich dem Gesetzgeber die Grundrechtseinschränkung aufdrängen muss. Letztlich bleibt dann unklar, wo die Vorhersehbarkeit eines Eingriffs, damit die Anwendbarkeit des Zitiergebots beginnt – und wo ein Eingriff offenkundig ist, wo also das Zitiergebot endet. Und Unklarheit spricht ja wiederum, überspitzt formuliert, gegen Vorhersehbarkeit...

Abschied nehmen?

Das Zitiergebot hatte von Anfang an einen schweren Stand. Der jüngste Beschluss reiht sich in diese Tradition ein. Ein extensiveres Verständnis könnte zwar dem „eigentlichen Sinn“ näherkommen, sprich: öffentliche Debatten um Grundrechtseingriffe anstoßen (vgl. [hier](#)). In diesem Sinne wäre ein demokratischeres Zitiergebot denkbar, das zu besserer Gesetzgebung führen kann. Naturgemäß sieht das BVerfG dies anders. Es geht davon aus, dass die restriktive Handhabung keine „Nachteile für den Grundrechtsschutz“ mit sich bringe ([hier](#)) – was allerdings eine bloße Behauptung bleibt.

Die derzeitige Interpretation des Zitiergebots ist jedenfalls methodisch und grundrechtsdogmatisch fragwürdig. Sie bringt zudem eine unübliche, ja irritierende Missachtung gegenüber verfassungsrechtlichen Formvorschriften zum Ausdruck. Insofern ist es nicht ohne Ironie, dass das BVerfG aus Sorge davor, ein zu weit verstandenes Zitiergebot führe zu Grundrechtszitataten „auf Vorrat“ ([hier](#)), weitgehend auf Zitierpflichten verzichtet, so als ließe man das neue Auto aus Angst vor Unfällen lieber gleich in der Garage. Weil nun freilich ein Kurswechsel, gar eine grundrechtsstärkende Neuausrichtung des Zitiergebots alles andere als wahrscheinlich anmutet, wäre es vielleicht am besten – zumindest konsequent –, der verfassungsändernde Gesetzgeber nähme Abschied von ihm.

Finn Preiss, Laurids Hempel

Drohnenabwehr durch die Bundeswehr

Der geplante § 15a LuftSiG im Gefüge innerer und äußerer Sicherheit

doi: 10.59704/67f601c639c492eb



Drohnenabwehr beschäftigen die deutsche und europäische Sicherheitspolitik. In den letzten Monaten spionierten Drohnen [Waffenlieferungen für die Ukraine](#) oder [kritische Infrastruktur in Schleswig-Holstein](#) aus und legten mehrfach [Flughäfen](#) lahm. Im September drangen [militärische russische Drohnen in den NATO-Luftraum ein](#). Während Landes- und Bundespolizei die notwendigen Fähigkeiten zur Drohnenabwehr (noch) fehlen, bestehen diese bei der [Bundeswehr immerhin zum Teil](#). Da die Polizei Drohnen militärischer Bauart, die in sehr großer Höhe fliegen, [nicht effektiv abwehren](#) kann, hat die Bundesregierung nun auf die Situation reagiert und einen [Entwurf zur Änderung des Luftsicherheitsgesetzes](#) beschlossen, der Befugnisse der Bundeswehr zur Drohnenabwehr regelt. Der geplante § 15a LuftSiG fügt sich passend in die von der Wehrverfassung vorgegebene Trennung von innerer und äußerer Sicherheit ein. Die Vorschrift verdeutlicht, dass das Grundgesetz auch ohne Verfassungsänderung einen Rahmen zur Verfügung stellt, in dem eine adäquate Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeswehr und Polizei zum Schutz Deutschlands vor Drohnen möglich ist.

Das Reformvorhaben der Bundesregierung zur Drohnenabwehr

Durch den geplanten [§ 15a LuftSiG](#) sollen die Befugnisse der Bundeswehr zur Drohnenabwehr wie folgt geregelt werden:

„(1) Die Streitkräfte leisten bei der Abwehr von Gefahren durch unbemannte Luftfahrzeuge Amtshilfe nach Artikel 35 Absatz 1 des Grundgesetzes. Dies erfolgt insbesondere in Form der

Bereitstellung von Detektionstechnik und Interventionstechnik.

(2) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte [...] auch Waffengewalt oder sonstige Wirkmittel gegen unbemannte Luftfahrzeuge einsetzen. [...]

(3) Die Bundespolizei übermittelt im Rahmen ihrer Zuständigkeit [...] Informationen im Zusammenhang mit unbemannten Luftfahrzeugen bei tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Falls der Verteidigung nach Artikel 87a Absatz 1 und 2 des Grundgesetzes unverzüglich an die Streitkräfte.“

Dem Kabinettsbeschluss ist neben einem [Gutachten](#) der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages eine intensive Debatte um die Zulässigkeit eines Einsatzes der Bundeswehr zur Drohnenabwehr vorausgegangen. Politiker aus [Opposition](#) und [Bundesregierung](#) betonten, das Grundgesetz setze dem Einsatz der Bundeswehr enge Grenzen. Tatsächlich legt Art. 87a Abs. 2 GG fest: „Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt.“ Kompetenzen und Fähigkeiten scheinen auseinanderzufallen. Den begrenzten Fähigkeiten der Polizei bei weit gefassten rechtlichen Befugnissen für die innere Sicherheit scheinen weiter reichende tatsächliche Fähigkeiten der Bundeswehr bei grundsätzlich eng auf die äußere Sicherheit zugeschnittenen rechtlichen Befugnissen gegenüberzustehen. Zur Schließung von „[Schutzlücken](#)“ des Grundgesetzes forderten daher mehrere Verteidigungs- und Sicherheitspolitiker eine [Verfassungsänderung](#) oder eine [Ausrufung des Spannungsfalles](#), der der Bundes-

wehr gem. Art. 87a Abs. 3 S. 1 GG besondere Befugnisse zum Schutz ziviler Objekte gibt. Für beide Optionen bedürfte es gem. Art. 79 Abs. 3 bzw. Art. 80a Abs. 1 S. 2 GG qualifizierter Mehrheiten im Bundestag, die gegenwärtig aber schwer erreichbar sind. Tatsächlich zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass es solcher Mehrheiten nicht zwingend bedarf. Auch im verfassungsrechtlichen Status quo ist eine effektive Drohnenabwehr möglich. Der vorgeschlagene § 15a LuftSiG fügt sich passend in den Rahmen des Grundgesetzes ein, konkretisiert ihn einfach-gesetzlich und schafft damit Rechtssicherheit.

Der geplante § 15a LuftSiG als Spiegel der Wehrverfassung

15a Abs. 1 LuftSiG n.F. regelt die Amtshilfe der Bundeswehr für die Polizei in Gestalt der Bereitstellung von Detektions- und Interventionstechnik. Diese Amtshilfe fällt nicht unter Art. 87a Abs. 2 GG, da schon kein „Einsatz“ vorliegt. Für einen solchen bedarf es einer Verwendung der Streitkräfte in einem Eingriffszusammenhang, also mit ihrem spezifischen Droh- und Einschüchterungspotential (BVerfGE 132, 1, 19 f.). Die bloße technische Unterstützung verläuft unterhalb dieser Einsatzschwelle und ist daher unproblematisch.

Darüber hinausgehend gestattet § 15a Abs. 2 LuftSiG n.F. der Bundeswehr, Waffengewalt oder sonstige Wirkmittel einzusetzen. Dies überschreitet die Einsatzschwelle. Die Norm stützt sich auf Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG, der für besonders schwere Unglücksfälle einen Streitkräfteeinsatz im Innern zulässt. Indes ist der Begriff des besonders schweren Unglücksfalles sehr eng. Er umfasst zwar auch absichtlich herbeigeführte Ereignisse, allerdings nur solche von „katastrophischen Dimensionen“ (BVerfGE 132, 1, 16 f.). Wie die Bundesregierung auf S. 12 f. des Regierungsentwurfs selbst ausführt, läge ein „Unglücksfall“ vor, wenn bewaffnete Drohnen größere Menschenmengen oder Einrichtungen der kritischen Infrastruktur angriffen. Dagegen dürfte ein Drohnenflug zur bloßen Einschüchterung der Zivilbevölkerung oder zu Aufklärungszwecken diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

Auf Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG i.V.m. § 15a Abs. 2 LuftSiG n.F. muss man indes nur zurückgreifen, wenn man die Drohnenabwehr nicht von vornherein unter „Verteidigung“ i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG subsumiert. Ist das der Fall, ist die Bundeswehr gemäß Art. 87a Abs. 2 GG **verfassungsunmittelbar und ohne das Erfordernis einer konkretisierenden einfachgesetzlichen Regelung** zuständig. Dass die Bundeswehr zur Drohnenabwehr im Inland auch originär aus Art. 87a Abs. 2 GG zuständig sein kann, liegt auch § 15a Abs. 3 LuftSiG n.F. zugrunde. Die Bundespolizei übermittelt der Bundeswehr unverzüglich Informationen zu Drohnen „bei tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Falls der Verteidigung nach Artikel 87a Absatz 1 und 2 des Grundgesetzes“. Nach S. 13 des Regierungsentwurfs soll das die Bundeswehr dazu befähigen, zu entscheiden, ob sie Maßnahmen i.S.v. Art. 87a Abs. 1, 2 GG ergreifen darf. S. 12 des Regierungsentwurfs führt aus: „Verletzungen der staatlichen Souveränität der Bundesrepublik Deutschland durch militärische Kräfte fremder Staaten betreffen die äußere Sicherheit. Die Abwehr solcher Souveränitätsverletzungen dient der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland und ist folglich auch eine originäre Aufgabe der Streitkräfte.“

Missverständene Trennung zwischen innerer und äußerer Sicherheit

Die Haltung der Bundesregierung ist nicht selbstverständlich. Noch vor ein paar Wochen hatte Bundesjustizministerin Hubig recht pauschal festgestellt: „Bei Drohnenangriffen im Innern ist die Polizei gefragt. [...] Einsätze der Bundeswehr im Inneren sind aus guten Gründen nur in sehr engen Grenzen zulässig – und dabei muss es bleiben.“ Dass Art. 87a Abs. 2 GG den Inlandseinsatz der Streitkräfte stark begrenzt, geht für viele im Trennungsgebot hinsichtlich polizeilicher und militärischer Aufgaben auf: Die Polizei ist für die innere, die Bundeswehr originär nur für die äußere Sicherheit zuständig (Schmidt-Radefeldt, S. 5). Das Trennungsgebot ist eng mit den historischen Erfahrungen des Einsatzes der Streitkräfte als innenpolitisches Machtinstrument verbunden. Bundesverfassungsrichter Gaier nannte es einst Teil des geneti-

schen Codes der Bundesrepublik (BVerfGE 132, 1, 26). Daher verwundert es wenig, dass die Unterscheidung von innerer und äußerer Sicherheit die Diskussion um „Einsätze der Bundeswehr im Innern“ zur Drohnenabwehr dominiert.

Aber geht es bei der Abwehr mutmaßlich russischer Drohnen im Inland wirklich um innere Sicherheit? In der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu Art. 87a Abs. 2 GG kann man als kleinsten gemeinsamen Nenner erkennen, dass „Verteidigung“ insbesondere das Gegenstück zum „Angriff“ eines fremden Staates auf die Bundesrepublik Deutschland darstellt (vgl. Ladiges, S. 59). Wie schon Heinemann lesenswert festgehalten hat, ist maßgeblich, wo die Gefahr für die Sicherheit Deutschlands herrührt und nicht, von wo der Einsatz zu ihrer Abwehr stattfindet. Ein Blick in die Gesetzgebungsmaterialien zu Art. 87a Abs. 2 GG – der erst mit den Notstandsgesetzen von 1968 Eingang ins Grundgesetz gefunden hat – bestätigt diese Sichtweise:

„[Durch die Bestimmung] soll eine Ableitung ungeschriebener Zuständigkeiten aus der Natur der Sache ausgeschlossen werden, nicht dagegen Befugnisse, die sich aus einem Wortzusammenhang mit der Verteidigungskompetenz ergeben. [...] Der Schutz gegen Angriffe der Angehörigen fremder Streitkräfte ist die Aufgabe der Bundeswehr, gleichgültig, ob das Ziel eines solchen Angriffes ein militärisches oder ziviles Objekt ist. Die Abwehr gegnerischer Streitkräfte ist niemals die Aufgabe der Polizei.“ (BT Drs. V/2873, S. 13).

Die pauschale Annahme, bei Drohnenangriffen im Innern sei immer die Polizei zuständig, lässt sich daher nicht halten. Vielmehr gilt es, die originäre Zuständigkeit der Bundeswehr aus Art. 87a Abs. 2 GG und die originären Zuständigkeiten der Polizei mit Möglichkeit der Unterstützung durch die Bundeswehr gem. Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG voneinander abzugrenzen.

Entscheidend ist hierbei zum einen, wann das Auftreten von Drohnen im Einzelfall qualitativ die Schwelle überschreitet, die den Verteidigungsauftrag aktiviert. Zum anderen stellt sich die Frage, wann das

Auftreten von Drohnen einem fremden Staat zurechenbar und wie mit diesbezüglichen Zweifeln in der Praxis umzugehen ist.

Qualität eines Angriffs: Verteidigung als Antwort auf militärische Mittel

Der Begriff der „Verteidigung“ i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG wird im Grundgesetz nicht näher definiert. Auch das Bundesverfassungsgericht hat keine Definition entwickelt, stellt im Umfeld des Art. 87a GG aber regelmäßig auf die „militärische Landesverteidigung“ ab. Dies beabsichtigte auch der Verfassungsgeber, wie die Gesetzgebungsmaterialien zeigen: „Mit ‚Verteidigung‘ ist hier nur die militärische Verteidigung (einschließlich der Ausbildung dafür) gemeint.“ (S. 13) Verteidigung ist demnach (jedenfalls) ein militärisches Tätigwerden zum Schutz der Bundesrepublik vor militärischen Mitteln fremder Staaten. In systematischer Hinsicht zeigt der Unterschied zwischen „Verteidigung“ in Art. 87a Abs. 2 GG und „Verteidigungsfall“ in Art. 87a Abs. 3 GG, dass Voraussetzung für einen Verteidigungseinsatz der Bundeswehr nicht die Feststellung des Verteidigungsfalles ist.

In diesem Lichte muss zwischen verschiedenen Arten von Drohnen differenziert werden. So unterscheiden sich beispielsweise die Drohnen, die mit mutmaßlichen Verbindungen zu Russland im NATO-Luftraum aufgetreten sind, stark. Beim Zwischenfall im polnischen Luftraum vom 9. September 2025 handelte es sich um militärische Drohnen vom Typ „Geran“, die mit Sprengstoff bestückt werden können. Die über Deutschland bislang aufgetauchten Drohnen sind nicht bewaffnet und teilweise professionelle militärische Aufklärungsdrohnen, teilweise frei erwerbbarer Drohnen ziviler Bauart.

Drohnen als fliegende Sprengkörper

Werden Drohnen wie der Typ „Geran“ gewöhnlich als fliegende Sprengkörper eingesetzt, sind sie militärische Mittel. Hätte ein Zwischenfall wie der vom 9. September im deutschen Luftraum stattgefunden, beträfe er daher den Schutz der Bundesrepublik vor militärischen Mitteln eines anderen Staates. Der Verteidigungsauftrag wäre unabhängig von der Fest-

stellung des Verteidigungsfalles aktiviert, die Bundeswehr aus Art. 87a Abs. 2 GG originär zuständig.

Drohnen als Einschüchterungsinstrument

Komplizierter einzuordnen sind Drohnen ohne direkte Kampffunktion, wie sie maßgeblich bisher über Deutschland aufgetaucht sind. Zum Teil werden die Drohnen im Sinne hybrider Angriffe zur Einschüchterung der deutschen Bevölkerung eingesetzt, etwa um [Flughäfen lahmzulegen](#). Das [Weißbuch der Bundeswehr von 2016](#) beschreibt hybride Angriffe wie folgt:

„Alle Bereiche gesellschaftlichen Lebens können zum Ziel hybrider Angriffe werden. Durch Cyberangriffe und Informationsoperationen (zum Beispiel Propaganda), wirtschaftlichen und finanziellen Druck sowie Versuche zur politischen Destabilisierung. Gleichzeitig können militärische Elemente, verdeckt operierende Spezialkräfte, Subversion oder reguläre Streitkräfte eingesetzt werden.“ (S. 39).

Man könnte erwägen, den Verteidigungsbegriff aus Art. 87a Abs. 2 GG im Lichte der gewandelten sicherheitspolitischen Umstände der „Zeitenwende“ dynamisch auszulegen: Dem weiten Konzept eines hybriden Angriffs stünde ein ebenso weiter Verteidigungsbegriff gegenüber. Indes ist es gerade die Ratio des Art. 87a Abs. 2 GG, den Einsatz der Streitkräfte wegen seines erheblichen Missbrauchspotentials zu begrenzen. Eine Verfassungsinterpretation, die jeden Bestandteil eines hybriden Angriffs – auch nichtmilitärische Mittel wie Desinformation – zur Sache der Bundeswehr macht, unterliefe diese Begrenzungsfunktion und den strikt militärischen Charakter der „Verteidigung“ nach Art. 87a Abs. 2 GG. Der Einsatz von Drohnen ziviler Bauart zur bloßen Verunsicherung der Bevölkerung aktiviert daher nicht den Verteidigungsauftrag und fällt in die originäre Zuständigkeit der Polizei.

Drohnen für Aufklärungszwecke

Teilweise verfolgen die über Deutschland gesichteten Drohnen klare Aufklärungszwecke, etwa hinsichtlich [kritischer Infrastruktur](#) oder [geheimer Waffenlieferungen an die Ukraine](#). Bei deutscher kritischer Infrastruktur finden die Aufklärungsmaßnahmen

weit im Vorfeld etwaiger Kampfhandlungen statt. Kann da von „Verteidigung“ i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG noch die Rede sein? Man könnte dies mit einem apodiktischen Verweis auf die historische Funktion der Norm, den Einsatz der Streitkräfte zu begrenzen, verneinen. Als [teleologische Richtschnur](#) für die Auslegung des Begriffs „Verteidigung“ ist allerdings zu beachten, dass der Verfassungsgeber mit Art. 87a Abs. 2 GG und anderen Vorschriften der Wehrverfassung eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die militärische Landesverteidigung getroffen hat. Dies betont auch das [Bundesverfassungsgericht](#). Im Sinne einer [wehrhaften Verfassungsinterpretation](#) ist daher unter Beachtung der Wortlautgrenze eine Auslegung zu wählen, die den effektiven Schutz der Bürger vor militärischen Angriffen von außen ermöglicht. Dabei sind auch Gesichtspunkte der Prävention einzubeziehen. Damit unvereinbar wäre eine Auslegung, die die Streitkräfte dazu zwingt, tatenlos zuzusehen, wie Einrichtungen der kritischen Infrastruktur systematisch ausgespäht werden, und erst tätig zu werden, wenn diese tatsächlich durch Angehörige fremder Streitkräfte beschädigt werden.

In völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Art. 87a Abs. 2 GG kann „Verteidigung“ im Sinne dieser Vorschrift auch bei der [Ausübung von kollektiver Selbstverteidigung](#) i.S.d. Art. 51 UNCh zugunsten anderer angegriffener Staaten vorliegen. Man kann die Waffenlieferungen westlicher Staaten an die Ukraine als [Mitwirkung an der kollektiven Selbstverteidigung der Ukraine verstehen](#). Insofern spricht viel dafür, jedenfalls den Schutz dieser Waffenlieferungen, auch vor russischer Aufklärung, wegen des bereits stattfindenden Angriffs als Verteidigung i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG anzusehen.

Daher gilt: Wenn Drohnen als fliegende Sprengkörper eingesetzt werden oder als Aufklärungsmittel zur Vorbereitung oder Durchführung eines Angriffs auf die Bundesrepublik oder andere Staaten dienen, ist ihre Abwehr Verteidigung i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG und die Bundeswehr zuständig.

Zurechnungs- und Zweifelsfragen

In der Praxis stellen sich bei Drohnensichtungen oft Zurechnungs- und Zweifelsfragen. Wären die Drohnen keinem fremden Staat zurechenbar, würde die umstrittene Frage relevant, ob Art. 87a Abs. 2 GG auch ein Vorgehen gegen nichtstaatliche Akteure im Inland deckt. Drohnen mit direkter Kampffunktion werden typischerweise von Militärangehörigen gesteuert. Ferner mehren sich [Berichte](#) darüber, dass Russland gezielt Einzelpersonen [instruiert, gegen Geld konkrete Aktivitäten wie Drohnenflüge](#) vorzunehmen. Es ist im Völkergewohnheitsrecht [anerkannt](#), dass Staaten das Handeln ihrer Organe ebenso zugerechnet wird wie das Handeln von Personen, die sie konkret im Sinne von Aufträgen angewiesen haben (vgl. auch [Artikel 4 und 8 ARSIWA](#)). Insoweit man auf verfassungsrechtlicher Ebene in völkerrechtsfreundlicher Auslegung ähnliche Kriterien heranzieht, lassen sich entsprechende Drohneneinsätze fremden Staaten zurechnen.

In der konkreten Einsatzsituation dürfte allerdings oft unklar sein, ob Spionagedrohnen von russischen oder rein privaten Akteuren gesteuert werden. Während es sich beim Vorfall vom 9. September 2025 im polnischen Luftraum [um von der NATO-Luftabwehr erkannte russische Drohnen handelte](#), sprach Bundeskanzler Merz bezüglich anderer Drohnenvorfälle über eine bloße „[Vermutung \[...\], dass Russland hinter den meisten dieser Drohnen-Flüge steckt](#).“ Bei Drohnen, die die Ukrainehilfe ausspionieren, [sprechen Geheimdienst Erkenntnisse deutlich für eine russische Verantwortung](#).

Das Problem, dass zweifelhaft sein kann, ob ein Angriff von außen vorliegt und damit Art. 87a Abs. 2 GG greift, ist nicht neu. Es trat in der Vergangenheit bereits bei [Terrorismus](#) und [Cyberangriffen](#) auf. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur stellt zur Festlegung, ob „Verteidigung“ vorliegt, auf eine Ex-ante-Perspektive ab (vgl. [Ladiges](#), S. 149-156). Der von der Bundesregierung vorgeschlagene neue § 15a LuftSiG fügt sich in diese Zuständigkeitsverteilung auf Grundlage einer Ex-ante-Perspektive ein. Die Übermittlung von Informationen an die Bundeswehr durch die Bundespolizei gem. § 15a Abs.

3 LuftSiG n.F. stellt sicher, dass die Bundeswehr die Informationen hat, um festzustellen, ob ein Fall der Verteidigung vorliegt. Erscheint ex ante hinreichend wahrscheinlich, dass Drohnen einem fremden Staat zurechenbar sind und als Kampfmittel oder Aufklärungsmaßnahme für einen Angriff verwendet werden, sind die Streitkräfte gem. Art. 87a Abs. 2 GG verfassungsunmittelbar zuständig. Erscheint hingegen wahrscheinlicher, dass die Drohnen qualitativ nicht die Schwelle eines Angriffs überschreiten, ist die Polizei originär zuständig. Droht ein besonders schwerer Unglücksfall und reichen ihre Mittel nicht aus, kann sie gem. Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG i.V.m. § 15a Abs. 2 LuftSiG n.F. die Streitkräfte zur Unterstützung anfordern.

Fazit: Keine Schutzlücken im Grundgesetz

Der Verfassungsgeber hat mit Art. 87a Abs. 1, 2 GG und Art. 35 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG einen Rahmen geschaffen, der eine praxistaugliche und funktionsgerechte Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeswehr und Polizei zur Drohnenabwehr ermöglicht. Die Bundesregierung hat mit § 15a LuftSiG n.F. eine Regelung vorgeschlagen, die sich in diese Kompetenzverteilung folgerichtig einfügt. Obgleich wegen des eng ausgelegten Begriffs „besonders schwerer Unglücksfall“ nicht deutlich mehr Befugnisse geschaffen werden, konkretisiert die Norm passend die Wehrverfassung und schafft so Rechtssicherheit. Auch das [geplante Drohnenabwehrzentrum](#), das die polizeiliche und militärische Drohnenabwehr eng verzahnen will, dürfte zum effektiven Schutz beitragen. Wichtig ist nun abseits der Diskussion rechtlicher Zuständigkeitsfragen, [Polizei und Bundeswehr für ihre jeweiligen Aufgaben in der Drohnenabwehr adäquat auszustatten](#). Das Verfassungsrecht ist jedenfalls kein Grund, um Deutschland in der Drohnenabwehr als schutzlos anzusehen.

Paulina Böhm, Antonia Stummvoll

Frauen ausgenommen

Wen schützt das Grundgesetz vor dem verpflichtenden Wehrdienst?

doi: 10.17176/20251204-172231-0



Die Stimmen in der Politik, die fordern, Frauen in den Wehrdienst einzubeziehen, werden immer lauter. Zuerst bestand Verteidigungsminister Boris Pistorius [Anfang Oktober](#) auf eine „offene“ [Debatte](#) über die Rückkehr zur Wehrpflicht. Er hatte im [März 2024](#) noch Wehrdienstmodelle in Betracht gezogen, die auch Frauen miterfasst hätten. Nun hat sich auch die FDP-Politikerin und Vorsitzende des Verteidigungsausschusses im Europaparlament, Maria-Agnes Strack-Zimmermann, [für die Musterung von Frauen](#) zum Wehrdienst ausgesprochen.

Der verpflichtende Wehrdienst für Frauen ist indes nur mit einer Grundgesetzänderung möglich. Solange diese nicht beschlossen ist, bestimmt Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG, dass Frauen „auf keinen Fall“ zum Waffendienst verpflichtet werden dürfen. Dabei ist allerdings unklar, wer überhaupt als „Frau“ im Sinne des Art. 12a Abs. 4 GG gilt. Es muss eine kohärente Auslegung des Frauenbegriffs in Art. 12a Abs. 4 GG gefunden werden, die auch die Rechte von trans* Frauen schützt und stärkt. Aus dieser Konzeption folgt dann, dass auch trans* Frauen als schutzbedürftige Personen nicht wehrpflichtig gestellt werden dürfen. Nach der aktuellen Regelung zur Wehrpflicht im neuen Selbstbestimmungsgesetz werden jedoch – um Missbrauch vorzubeugen – im Spannungs- oder Verteidigungsfall unter bestimmten Umständen weibliche Geschlechtsidentitäten nicht anerkannt. Zwar darf das Gebot der Wehrgleichheit nicht dadurch verletzt werden, dass Menschen ungerechtfertigt von der Wehrpflicht ausgenommen werden, weswegen die dafür vorgesehene Ausnahme im Selbstbestimmungsgesetz notwendig ist; jedoch laufen gerade trans* Frauen Gefahr, zum Wehrdienst herangezogen zu

werden, obwohl sie Frauen sind. Dies ist nicht mit unserem Verständnis von Art. 12a Abs. 4 GG vereinbar.

Schwierigkeiten bei der verfassungsrechtlichen Bestimmung

Den Frauenbegriff des Art. 12a Abs. 4 GG zu bestimmen, ist alles andere als einfach.

Historisch war Frauen der Dienst in der Bundeswehr lange verwehrt – selbst auf freiwilliger Basis. Sie galten, wie etwa [Elisabeth Schwarzhaupt 1956](#) formulierte, von ihrer „Natur“ und „Bestimmung“ her als unfähig für den Dienst in den Streitkräften. Diese Argumentation wurde Anfang der 2000er Jahre – zunächst durch den [EuGH](#) – als gleichheitsrechtswidrig widerlegt.

Auch auf die soziale Rolle der Frau abzustellen, zementiert vor allem überkommene Geschlechterrollen. So argumentierte etwa [2006 das BVerwG](#): Frauen würden traditionell als Mütter sowie Haus- und Ehefrauen gesehen und würden auch heute noch ein Vielfaches mehr an [unbezahlter Sorgearbeit](#) als Männer übernehmen. Aus dieser Perspektive erscheint es unbillig, Frauen, die ohnehin schon zusätzliche gesellschaftliche Aufgaben tragen, durch die Wehrpflicht weiter zu belasten. Außerdem würde diese unbezahlte Arbeit der Gesellschaft fehlen, wenn Frauen Wehrdienst leisten müssten. Diese Auslegung ist jedoch zu grobmaschig, um den Anforderungen der Wehrgleichheit zu genügen. Denn sie privilegiert Frauen, die keine Sorgearbeit leisten, und benachteiligt zu Unrecht Personen, die keine Frauen sind, aber Sorgearbeit leisten. Wenn man sich aber zur Umgehung dieser Ungleichbehandlung strikt nach der tatsächlich geleisteten Sorgearbeit richten würde,

müsste z.B. ein Mann, der seine Kinder in Vollzeit betreut, wehrverfassungsrechtlich als „Frau“ gelten – das jedoch überstrapaziert den Wortlaut offensichtlich.

Ebenfalls wenig überzeugend ist es, „Frau“ biologistisch zu definieren – und damit trans* Frauen häufig aus dem Schutz vor der Wehrpflicht auszunehmen. Diese Interpretation scheint sich zunächst historisch gut verankern zu lassen: Denn jedenfalls bei Einführung der Wehrpflicht in den 1950ern war das gesellschaftliche Geschlechterbild stark von biologischen Zuschreibungen geprägt. Frausein wurde historisch überwiegend mit bestimmten körperlichen Merkmalen wie Vulva oder Gebärmutter gleichgesetzt. Trotzdem spricht vieles gegen diese biologistische Auslegung:

Erstens sind diese Merkmale schon an sich mit Unschärfen belegt: Es existieren verschiedene körperliche Merkmale, die verwendet werden, um Personen einem Geschlecht zuzuordnen (etwa genetische Grundlagen, [primäre, sekundäre und tertiäre Merkmale](#)). Diese können sich zum Teil im Lauf des Lebens verändern und ihr Vorkommen und ihre Ausprägungen variieren von Körper zu Körper.

Zweitens wusste der Verfassungsgeber in den 1950ern sehr wohl, dass eine rein körperliche Einordnung nicht alle Menschen erfasst – man denke etwa an die Regelung zu inter* Kindern im [preußischen Allgemeinen Landrecht](#) oder an den sog. „[Transvestiten-schein](#)“, der in der Weimarer Republik u. a. trans* Personen vor polizeilicher Verfolgung schützen sollte.

Drittens gibt es schließlich keinerlei Hinweise darauf, dass der historische Gesetzgeber den Wehrdienst an bestimmte Geschlechtsmerkmale knüpfen wollte. Entscheidend war das soziale Rollenverständnis, nicht die Biologie. Schon aus dieser Perspektive überzeugt eine biologistische Interpretation kaum.

Hinzu kommt ein vierter, verfassungsrechtlicher Einwand: das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bisher nicht über den Frauenbegriff des Art. 12a Abs. 4 GG entschieden, doch zur Geschlechtszugehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes liegt gefestigte Rechtsprechung vor: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten [...], den Personen-

stand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört“ ([BVerfGE 49, 286, Rn. 50](#)). Maßgeblich ist dabei zunächst die psychische Konstitution; die physische kann ihr – „im Rahmen des medizinisch Erreichbaren“ – nachfolgen (Rn. 49).

Diese „psychische Konstitution“, also die Geschlechtsidentität einer Person, muss nicht mit der biologischen Typisierung übereinstimmen, die aufgrund bestimmter Geschlechtsmerkmale vorgenommen wird. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst die Anerkennung der Geschlechtsidentität unabhängig von einer biologischen Zuordnung. Damit schützt es vor allem die Rechte von trans* Frauen. Eine biologistische Interpretation des Art. 12a Abs. 4 GG stünde diesem verfassungsrechtlichen Verständnis entgegen.

Vorschlag einer persönlichkeitsrechtlich orientierten Definition von „Frau“

Wir schlagen daher vor, Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG basierend auf dieser persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Geschlechts auszulegen. Danach ist als Frau jede Person anzusehen, deren Geschlechtsidentität weiblich ist – und zwar unabhängig davon, ob eine Frau cis* oder trans* ist, und welche gesellschaftliche Rolle oder körperlichen Merkmale sie hat.

Eine solche Auslegung hat gleich mehrere Vorzüge. Erstens schließt sie die bestehende Lücke, die durch die fehlende Rechtsprechung zur Interpretation des Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG entsteht. Auf diese Weise kann auf die gefestigte Judikatur zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen werden. Darüber hinaus wird so das Prinzip der Einheit der Verfassung gewahrt, wenn der Begriff der „Frau“ in beiden Kontexten – im Persönlichkeitsrecht wie im Wehrrecht – einheitlich verstanden wird. Die seltsame Friktion, die eine biologistische Auslegung erzeugen würde, wird damit beseitigt: Die Interpretation einer Verfassungsnorm (Art. 12a Abs. 4 GG) würde nicht mehr eine andere (das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.

Umgang mit der Missbrauchsgefahr

Freilich eröffnet dieser Ansatz eine gewisse Möglichkeit des Missbrauchs, der der Gesetzgeber begegnen sollte. Personen, die keine Frauen sind, könnten versuchen, sich personenstandrechtlich als solche erfassen zu lassen, um der Wehrpflicht und den damit verbundenen Grundrechtseingriffen zu entgehen. Diese Gefahr hat der Gesetzgeber erkannt und im Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) ausdrücklich geregelt: Nach § 9 SBGG werden trans* Frauen zwar personenstandsrechtlich als Frauen behandelt, wehrrechtlich jedoch wie Männer, wenn sie ihren Geschlechtseintrag erst während eines Spannungs- oder Verteidigungsfalls oder in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit diesem angleichen wollen.

In seiner jetzigen Fassung verstößt § 9 SBGG allerdings gegen die identitätsbezogene und verfassungseinheitliche Auslegung des Frauenbegriffs und ist damit verfassungswidrig.

Denn stellen wir uns die Lage einer Betroffenen im Konfliktfall vor: Nach geltendem Recht wird eine Frau, die bei der Geburt als Junge identifiziert wurde, zum Wehrdienst herangezogen, wenn sie ihren Geschlechtseintrag nicht rechtzeitig vor Konfliktbeginn geändert hat. Unabhängig davon, dass sie ihrer Geschlechtsidentität nach eine Frau ist, kann sie das in Bezug auf die Wehrpflicht nicht geltend machen. Damit wird sie, entgegen Art. 12a Abs. 4 GG, zu einem verpflichtenden Wehrdienst herangezogen und damit schweren Grundrechtseingriffen ausgesetzt.

Zwar ließe sich einwenden, die Betroffene hätte ihren Geschlechtseintrag rechtzeitig anpassen können, doch greift das angesichts der sozialen Praxis zu kurz: Ein Coming-out als trans* Person ist häufig mit erheblichen Hürden und Diskriminierungsrisiken verbunden. Es ist daher realitätsfern anzunehmen, eine Person erkenne ihre Geschlechtsidentität stets frühzeitig oder könne sie ohne weiteres amtlich anpassen. Dass viele Betroffene zögern, bevor sie den formalen Schritt der Eintragung wagen, entspricht der – änderungsbedürftigen – gesellschaftlichen Realität in Deutschland.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Eine verfassungskonforme Lösung lässt sich gleichwohl finden. Wer seinen Geschlechtseintrag in oder kurz vor einem Krieg auf „weiblich“ ändern möchte, muss eben plausibel machen, tatsächlich eine Frau zu sein. Bei Zweifeln müsste eine fachliche Begutachtung die Geschlechtsidentität feststellen. Zwar hat eine solche Begutachtung (wie sie bis November 2024 unter dem „Transsexuellengesetz“ erforderlich war) als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zurecht viel Kritik erfahren. Allerdings würde die von uns vorgeschlagene Begutachtung nur im Kriegsfall oder im unmittelbaren Zusammenhang damit stattfinden und könnte an höhere Schutzstandards geknüpft werden als unter dem TSG, etwa indem die Beurteilenden besonders geschult und bestimmte Fragen ausgeschlossen werden und indem die Perspektive von trans* Menschen bei der Ausarbeitung der Beurteilungskriterien maßgeblich einbezogen wird. Außerdem ist die Möglichkeit, sich begutachten zu lassen, jedenfalls ein milderes Mittel und ein geringerer Grundrechtseingriff, als Frauen entgegen Art. 12a Abs. 4 GG den (gerade im Kriegsfall) enormen Gefahren und Grundrechtseingriffen eines verpflichtenden Wehrdienstes auszusetzen.

Eine vollständig befriedigende Lösung ist auch dieser Vorschlag nicht. Eine konsequente Alternative bestünde darin, Art. 12a Abs. 4 GG gänzlich zu streichen oder die Wehrpflicht selbst abzuschaffen. Beide Optionen werfen jedoch eigene verfassungsrechtliche und politische Probleme auf. Wenn der Verteidigungsminister sich einen „offenen Diskurs“ über die Wehrpflicht wünscht, ist dem jedenfalls insoweit zuzustimmen, als ein solcher Diskurs in diesem Kontext notwendig ist. Er sollte auch nicht-binäre Personen einschließen – denn der hier vorgeschlagene identitätsbezogene Ansatz sagt nur, dass auch eine nicht-binäre Geschlechtsidentität verfassungsrechtlich zu berücksichtigen ist; wie jedoch wehrrechtlich mit nicht-binären Personen umzugehen ist, ist gesondert zu klären. Insgesamt sollte eine Auseinandersetzung mit dem Thema darauf abzielen, die Regelungen zu Frauen und Wehrpflicht aus ihrem überholten

Verständnis zu lösen und in den Verfassungsstaat unserer Zeit zu überführen.

Zur aktuellen Rechtslage ist festzuhalten, dass § 9 SBGG in seiner jetzigen Fassung gegen Art. 12a Abs. 4 GG verstößt, weil er trans* Frauen trotz geschlechtsidentitätsbezogener Schutzwürdigkeit wehrpflichtig stellt. Eine verfassungskonforme Anpassung ist dringend geboten.

Sven Altenburger

Die Last der Soldaten

Egalitäre Defizite von Wehrpflichten und das Gebot einer Dienstpflicht

doi: 10.59704/70865e1a022369d0



Die Bundesregierung setzt beim Wehrdienst weiterhin auf Freiwilligkeit. Sollte dies für den angestrebten Aufwuchs der Streitkräfte nicht ausreichen – [wovon einschlägige Experten ausgehen](#) –, will sie den Bundestag über die Einführung einer Wehrpflichtlotterie entscheiden lassen.

Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ([dafür](#) und [dagegen](#)), politische Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit eines Losentscheids wurde in diesem Herbst lebhaft diskutiert. Gerechtigkeitsfragen im Zusammenhang mit der Wehrpflicht leiden jedoch darunter, dass sie häufig auf ihre rechtliche und politisch-pragmatische Dimension reduziert oder mittels alltagsmoralischer Einschätzungen diskutiert werden.

Dagegen nimmt dieser Beitrag eine gerechtigkeits- und demokratietheoretische Perspektive auf Wehrgerechtigkeit ein. Grundlage ist der für moderne Demokratien konstitutive normative Wert [staatsbürgerlicher Gleichheit](#). In Anwendung auf die Frage der Wehrgerechtigkeit sollte dieser Wert nicht bloß formal als Rechts- und Verfahrensgleichheit, sondern substantiell im Sinne faktischer Lastengleichheit verstanden werden. Von dieser Warte betrachtet treten die normativen Defizite sowohl der Auswahllotterie als auch der allgemeinen Wehrpflicht deutlich hervor. Ein Ausweg eröffnet sich jedoch in einer allgemeinen, geschlechtsunabhängigen und von militärischer Tauglichkeit losgelösten Dienstpflicht.

Eine Auswahllotterie verkennt das Wesen des Militärdienstes

[Hubertus Buchstein](#) hat auf diesem Blog argumentiert, dass eine Wehrpflichtlotterie prozedural neutral – da alle Personen die numerisch gleiche Auswahlchance

besitzen – und damit egalitär gerecht wäre. Das Zufallsprinzip hat in der Tat, [wie Buchstein an anderer Stelle gezeigt hat](#), eine illustre Tradition und kann, anders als gemeinhin angenommen, durchaus einen Stellenwert für demokratische Entscheidungen und Inanspruchnahmen der Bürgerschaft geltend machen.

Im Fall der Wehrpflicht kann die mit dem Zufallsprinzip einhergehende Form formaler Verfahrensgerechtigkeit jedoch nicht überzeugen. Das liegt im besonderen Wesen des Militärdienstes und der Wehrpflicht begründet, die ein substantiell egalitäres Verständnis von Wehrgerechtigkeit im Sinne faktischer Lastengleichheit einfordern.

Militärdienst und Wehrpflicht nehmen eine singuläre Rolle in der republikanischen wie demokratischen Historie und politischen Theorie ein (vgl. [Altenburger, Reconsidering Military and Civil Conscription](#)). Der Dienst im Militär zur Sicherung des demokratischen Gemeinwesens ist die schwerste und potenziell gefährlichste Arbeit – und zuweilen [moralische Pflicht](#) –, die Bürgerinnen und Bürgern abverlangt werden kann (vgl. [Walzer, Spheres of Justice, Kap. 5](#)). Der Grundwehrdienst greift tief in eine Vielzahl von Grundrechten ein und erfordert die Ableistung harter körperlicher Arbeit in einer hierarchischen Institution. Der Einsatzfall bringt physisch, psychisch und moralisch enorme Lasten und Risiken mit sich – von der Verletzung oder Tötung anderer bis hin zur eigenen Verletzung oder Tötung.

Eine Wehrpflichtlotterie mutet einigen Bürgern diese schwersten Lasten und Risiken zu und anderen nicht. Das formal gleiche Auswahlverfahren der Lotterie wird so durch die aus ihr resultierende substantiell ungleiche Lastenverteilung überschattet. Dabei ist es

grundsätzlich möglich, diese Lasten und Risiken gerechter zu verteilen.

Die allgemeine Wehrpflicht verfolgt diesen Anspruch: Die Verteilung militärischer Lasten und Risiken auf grundsätzlich alle Staatsbürger ohne Ansehen der Person ist historisch so revolutionär wie aus substanziell egalitärer Perspektive folgerichtig. Diese Form der Lastenteilung bildet zugleich einen zentralen Legitimationsgrund der Wehrpflicht und ein institutionelles Ausgestaltungserfordernis (vgl. Rawls, *A Theory of Justice*, Kap. 6 Abschn. 58; Walzer, *Spheres of Justice*, Kap. 5).

Egalitäre Gerechtigkeitsprobleme von Wehrpflichten

Allerdings wirft eine allgemeine Wehrpflicht hierzulande aufgrund ihrer rechtlichen Logik und Struktur wie auch des militärischen Personalbedarfs ihrerseits grundlegende egalitäre Gerechtigkeitsprobleme auf. Eine Wehrpflichtlotterie übernimmt diese weitgehend, insofern sie in das bestehende rechtliche Rahmenwerk integriert wird. Selbst wenn man der vorangegangenen Argumentation also nicht folgt, bestehen hier aus substanziell egalitärer Perspektive separate Gründe zur Ablehnung einer Auswahlotterie.

Das Grundgesetz und das Wehrpflichtgesetz beinhalten gravierende Ausschlüsse, Befreiungen und Zurückstellungsmöglichkeiten vom Dienst, die einer egalitären Prüfung nicht standhalten können. An erster Stelle betrifft dies die Ungleichbehandlung der Geschlechter. Der Ausschluss von Frauen von militärischen Pflichten – wie in Art. 12 Abs. 4 GG verankert – wird mitunter dadurch gerechtfertigt, dass sie durch familiäre Pflichten (BVerwG, *Beschluss vom 26.06.2006 – 6 B 9.06*) oder durch Schwangerschaft und Geburt bereits äquivalent belastet sind (und so auch bereits zur Sicherung des Gemeinwesens mittels sozialer Reproduktion beitragen). Alternativ wird auch auf *bestehende Nachteile* von Frauen wie den *gender pay gap* oder *gender pension gap* verwiesen. Eine genderneutrale Wehrpflicht würde in dieser Perspektive eine unzumutbare Mehr- oder Doppelbelastung darstellen (vgl. Mori, *On the Moral Wrongness of a Male-Only Ban on Leaving One's Homeland*, S. 108).

Aus egalitär-staatsbürgerlicher Perspektive übersehen diese Punkte aber, dass das Grundgesetz hier im Kern einer historisch gewachsenen patriarchalen Ordnungslogik folgt, der zufolge Männer öffentliche Aufgaben und Schutzverantwortung übernehmen und Frauen dem privaten Bereich zugeordnet und als schutzbedürftig markiert werden (vgl. Carter, *Should Women Be Soldiers or Pacifists?*). Eine konsequente Realisierung des normativen Werts staatsbürgerlicher Gleichheit ergibt hingegen eine geschlechtsunabhängige allgemeine Wehrpflicht.

Das Wehrpflichtgesetz weist ebenso erhebliche egalitäre Gerechtigkeitsprobleme auf. So müssen unter rein militärischen Gesichtspunkten ausgemusterte Personen keinen Zivildienst leisten (§ 9 WPflG) – eine Logik, die sich zwar rechtlich durch die Regel-Ausnahme-Logik des Verhältnisses von Wehr- zu Zivildienst (Luchterhandt, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, S. 523), aber nicht normativ unter Gesichtspunkten gerechter Lastenteilung erschließt. Die Nichtberücksichtigung von Ausgemusterten wiegt umso schwerer in einer Gesellschaft, in der etwa ein Drittel der 18–24-jährigen Männer und ein Viertel der gleichaltrigen Frauen *übergewichtig sind* und viele davon nicht für die Streitkräfte in Frage kommen.

Daneben enthält das Wehrpflichtgesetz eine Reihe von Befreiungen und Zurückstellungsmöglichkeiten (§§ 11 bis 13b WPflG), die unterschiedlichen Rationalitäten folgen, aber aus egalitärer Perspektive hohen Begründungsbedarf haben. Dass beispielsweise verheiratete Personen keinen Dienst leisten müssen (§ 11 Abs. 2 Nr. 3a WPflG), rekuriert erkennbar auf den zugesprochenen Stellenwert der Ehe, verletzt aber den normativen Wert staatsbürgerlicher Gleichheit.

Die umfangreichen Befreiungs- und Zurückstellungsmöglichkeiten sind zudem für Missbrauch von Seiten der Dienstverpflichtenden und staatlicher Instanzen anfällig. In der Vergangenheit waren solche Sonderregelungen sogar dadurch motiviert und zweckentfremdet, den Personalbedarf des Militärs mit dem verfügbaren Rekrutenangebot und den demografischen Entwicklungen in Einklang zu bringen. Zudem ist zu bedenken, dass gesellschaftlich Bessergestellte mehr

Ressourcen zur Verfügung haben, um Ausnahmen vom Dienst zu erwirken.

Das Gebot einer Dienstpflicht

Angesichts dieser egalitären Probleme einer allgemeinen Wehrpflicht und der Wehrpflichtlotterie bietet eine allgemeine Dienstpflicht mit militärischer und ziviler Komponente das vorzugswürdige Modell: ein Dienst am Gemeinwesen, unabhängig von Geschlecht und militärischer Tauglichkeit (so ähnlich jüngst auch [hier](#) und [hier](#)). Wehr- und Zivildienst stünden dabei gleichberechtigt nebeneinander und die Betroffenen könnten zwischen beiden Varianten wählen. Dies würde freilich eine Verfassungsänderung und neue einfachrechtliche Strukturen voraussetzen.

Für eine Dienstpflicht gibt es bekanntermaßen eigenständige gute Argumente und Rechtfertigungsgründe, wie die Stärkung des Gesundheits- und Pflegesystems, des sozialen Zusammenhalts und das Aufbrechen von Genderstereotypen. Anstatt diese auszuführen (siehe dazu [Altenburger, Reconsidering Military and Civil Conscription](#)), soll hier ein anderer Rechtfertigungsaspekt im Vordergrund stehen.

Fundamental für die normative Begründung der zivilen Dienstpflichtkomponente kann nämlich – wie beim Wehrdienst – das egalitäre Argument der Teilung harter Lasten sein. Viele der zivilen Aufgaben sind für das Gemeinwesen unverzichtbar, zugleich aber individuell stark belastend – man denke unter anderem an bestimmte Tätigkeiten im Gesundheits- und Pflegebereich, Care-Arbeit oder auch Reinigungstätigkeiten (vgl. bspw. [Kandiyali, Sharing Burdensome Work](#)). Daneben treten Arbeiten, die analog zum Wehrdienst Verteidigung einüben, allerdings im zivilen Bereich. So könnte eine nicht-militärische Zivilschutz-Grundausbildung in ein Dienstpflichtprogramm integriert und der Dienst verstärkt im zivilen Sicherheitsbereich wie den Blaulichtorganisationen oder im Infrastrukturschutz abgeleistet werden.

Der zivile Dienst hätte damit den normativen Zweck, ein Substitut zu bilden, in dessen Rahmen Dienstleistende im Regelfall körperlicher Arbeit nachgehen. Die konkrete Tätigkeit unterscheidet sich vom Militärdienst, doch beiden liegt die gemeinsame Idee

zugrunde, durch Einsatz der eigenen Person einen Beitrag zum demokratischen Gemeinwesen und dessen Sicherung zu leisten.

Eine Dienstpflicht mit ziviler und militärischer Komponente sollte Dienstleistenden die Wahl zwischen beiden Dienstarten überlassen. Dies wäre eine große Neuerung, da der bisherige Zivildienst schließlich nur als Ersatz für Wehrdienstverweigerer aus Gewissensgründen konzipiert war und eine echte Wahlfreiheit formalrechtlich nie bestand ([BVerfGE 48, 127](#)), auch wenn die Praxis ab Mitte der 1980er Jahre darauf hinauslief ([Bernhard, Zivildienst zwischen Reform und Revolte, S. 389](#)).

Bleibende Probleme und institutionelle Lösungsansätze

Doch selbst bei einer Dienstpflicht bestehen sowohl normative als auch praktisch-politische Probleme. In normativer Hinsicht ist zu bedenken, dass der zivile Substitut-Dienst höchstens im Friedensfall ähnliche Lasten wie der Wehrdienst aufweist. Im Einsatzfall übersteigen die potenziellen Lasten des Militärdienstes und speziell des Dienstes an der Waffe – Selbstgefährdung und Fremdschädigung – jene des Zivildienstes um ein Vielfaches.

Ein behelfsmäßiger Lösungsansatz für dieses Gerechtigkeitsproblem könnte darin bestehen, die Dauer der zivilen Dienste als kompensatorische Lastenerhöhung anzuheben, wie es in der Vergangenheit über viele Jahre gehandhabt wurde. Verfassungsrechtlich ist dies aufgrund von Art. 12a Abs. 2 GG laut geltender Rechtsprechung freilich nur über den Umweg der Angleichung mit der möglichen (nicht tatsächlichen) Höchstdauer der Wehrpflicht im Friedensfall möglich (vgl. [BVerfGE 69, 1](#)).

Nicht adressiert werden kann damit, dass die individuelle Wahlfreiheit des Dienstes mutmaßlich sozio-ökonomische und geschlechtsspezifische Effekte zeitigen wird. Hier könnte nur mittels Quotenregelungen korrigierend eingegriffen werden. Ein anderes normatives Problem liegt potenziell in der Verteilung besonders harter Arbeiten innerhalb des Militärs und der zivilen Dienstorganisatoren, insbesondere wenn diese sozialstrukturell verzerrt wären. Hier ließe sich zumin-

dest reflektierend auf die antike Praxis verweisen, **besonders gefährliche soldatische Tätigkeiten zu lösen**.

Ein Losverfahren wäre in jedem Fall dafür geeignet, zwischen militärischem und zivilem Dienst zu entscheiden, sollte sich aufgrund der Tätigkeitswahl ein Personalüber- oder Unterangebot beim Militär ergeben. Übersteigt die Nachfrage den Bedarf der Bundeswehr, so kann zunächst nach Eignung entschieden und sodann gelöst werden. In der Folge müssten Personen auch gegen ihren Willen zivilen Dienst leisten. Das politisch relevantere wie normativ herausfordernde Szenario ist freilich das Umgekehrte – dass sich nicht ausreichend taugliche Bürgerinnen und Bürger zum Wehrdienst entscheiden. Auch in diesem Fall sollte durch Los entschieden werden.

Ein Losverfahren, das zwischen militärischem und zivilem Dienst entscheidet, fände hier aus substanziell egalitärer Perspektive seinen adäquaten Platz, da nicht darüber befunden würde – wie es die Bundesregierung beabsichtigt –, *ob* Dienst geleistet wird, sondern lediglich *wie*.

Davon unbenommen wäre die Möglichkeit, den Kriegsdienst aus Gewissensgründen zu verweigern (Art. 4 Abs. 3 GG). Falls das skizzierte Arrangement jedoch nicht zu einer hinreichenden Rekrutenzahl führen sollte, ließe sich darüber nachdenken, den Gewissensentscheid auch im Friedensfall auf den Dienst an der Waffe zu beschränken, sodass Dienstpflichtige entgegen ihrer Präferenz auch in der Logistik oder im Sanitätsdienst der Streitkräfte eingesetzt werden könnten – was keine Änderung von Art. 4 Abs. 3 GG, wohl aber von Art. 12a Abs. 2 GG voraussetzen würde.

Pragmatismus und Visionen

Kurz- bis mittelfristig wird es hierzulande wohl auf eine Wehrpflichtlotterie oder eine Wiedereinsetzung der allgemeinen Wehrpflicht hinauslaufen. Das sollte die gesellschaftliche und akademische Debatte jedoch nicht davon abhalten, grundsätzlicher nach den rechtlichen Logiken, institutionellen Optionen und ihren normativen Begründungen und Implikationen zu fragen. Politischer Pragmatismus und das Denken

innerhalb verfassungsrechtlicher Schranken sollten dabei nicht das letzte Wort haben.

Eine substanziell egalitäre Perspektive ist dabei keineswegs die einzig mögliche – doch eine, die in einem demokratischen Gemeinwesen besondere Relevanz anmelden kann. Von ihr ausgehend kann nur eine Dienstpflicht für alle deutschen Staatsbürgerinnen und Staatsbürger überzeugen. Dass die deutsche Bevölkerung – anders als die Bundespolitik – in der **großen Mehrheit hinter einer solchen Institution steht**, kann Anlass zur Hoffnung geben, dass in dieser Frage auf lange Sicht substanziell egalitäre Werte, kollektives Bewusstsein und politische Regulierung konvergieren könnten.

Luca Manns

Die Verfassungstreue der deutschen Agenten-Ausbilder

Zur Entscheidung des BVerwG über den ethnisch-kulturellen Volksbegriff eines BND-Professors

doi: 10.59704/ea2ce3e580d42cc0



Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) verhandelte Anfang Oktober über eine Disziplinarsanktion, die der Bundesnachrichtendienst (BND) gegen einen bei ihm beschäftigten Professor ausgesprochen hatte. Anlass des Verfahrens war die Veröffentlichung eines Buches, das sich unter anderem ethnischer Kriterien bei der Bestimmung bediente, wer Deutscher ist und wer nicht. Die Leipziger Bundesrichter bestätigten die durch den Auslandsnachrichtendienst verhängte Sanktion schlussendlich. Das Verfahren offenbarte aber auch grundsätzliche Erkenntnisse: Wissenschaftsfreiheit und Selbstverwaltungsgarantie werden weniger stark gewichtet, wenn ein Hochschullehrer zugleich den Nachwuchs der Staatsverwaltung ausbildet. Und nicht zuletzt staatsdelegitimierende Tendenzen bei den Ausbildern können künftig eine größere Rolle spielen.

Lehre für die Spione von morgen

Rund 50.000 Personen sind in Deutschland als Professorinnen und Professoren tätig. Üblicherweise unmittelbar an einer Universität oder Hochschule beschäftigt, unterrichten sie Fächer wie Medizin, Lehramt, Ingenieurwesen oder Rechtswissenschaften. Doch auch die Staatsverwaltung verfügt über eigene Hochschulen – darunter jene des Bundes (HS Bund). Neben so exotischen Fachbereichen wie „landwirtschaftliche Sozialversicherung“ oder „Wetterdienst“ beheimatet diese auch den Ausbildungsort für den Nachwuchs der drei Nachrichtendienste des Bundes. Da die Hochschule nicht rechtsfähig ist, sind die dort tätigen Professoren bei ihren „Bedarfsträgern“ beschäftigt,

gehören also derjenigen Behörde an, die sie fachlich vertreten. Zu dieser Gruppe zählt der BND-Mitarbeiter Martin Wagener, der knapp zehn Jahre zuvor für die Lehre im Bereich der Politik Ostasiens zum W3-Professor berufen wurde.

„Postdemokratie“ durch „ethnischen Konfliktimport“?

Spätestens seit der „Flüchtlingskrise“ scheint sich Wagener jedoch weniger mit China oder Nordkorea als vielmehr mit innerdeutschen Fragen befassen zu wollen. Nachdem er 2018 bereits ein „Plädoyer für einen neuen Schutzwall“ veröffentlichte, erschien im Sommer 2021 sein Titel „Kulturkampf um das Volk. Der Verfassungsschutz und die nationale Identität der Deutschen“. Auf 355 Seiten stellt der Autor dort diverse Erwägungen zu Volk und Vaterland an. Einen Schwerpunkt der methodisch inkonsistenten, streckenweise repetitiven und überwiegend höchstens populärwissenschaftlichen Abhandlungen nimmt die Auseinandersetzung mit der Frage ein, wen Wagener zum deutschen Volk zählen will.

Zwar gesteht er ein, dass Menschen grundsätzlich multiple Identitäten hätten, die sich im Laufe des Lebens wandeln könnten. Es existierten aber ebenso „festgelegte Identitäten, die sich aus der Abstammung ergeben“. So möge sich jemand, der in Afrika geboren, aber in Deutschland großgeworden sei, vielleicht „im Selbstbild als Deutscher fühlen“, er werde „im Fremdbild“ aber „aufgrund seiner Hautfarbe weiter von vielen Menschen als Afrikaner eingeordnet“. Ebenso gebe es „Türken mit einem deutschen Pass“, die „in

ehrllicher Weise“ ihre Identität lebten und als Patrioten für ihre Heimat einstünden – „und dies ist die Türkei“. Da die wahre Heimat dieser Personen nicht Deutschland sei und sie „in ihrem Herzen zuvörderst Türken“ blieben, könne von ihnen nicht erwartet werden, sich patriotisch zur Bundesrepublik zu bekennen. Der Zuzug von „Millionen Menschen fremder Kulturen“ mitsamt der ihnen anhaftenden „ethnischen Faktoren“ begründe nach der Logik Wageners „einen Konfliktimport“. Namentlich die „wachsende Ausbreitung des Islam in Deutschland“ werde nach Ansicht des Politologen „zu einer Gefahr für die Gesellschaft“.

Sicherheitsbescheid verloren, Disziplinarsanktion verhängt

Es waren diese und ähnliche Ausführungen, die seinen Dienstherrn [Medienberichten zufolge](#) veranlassten, Wageners Sicherheitsbescheid zu widerrufen. Dieser enthielt eine Sicherheitsfreigabe der höchsten Stufe (§ 10 Nr. 3 SÜG), über welche der Professor aufgrund seiner zumindest formellen Beschäftigung beim BND verfügen muss. Diese ist unabhängig von dem konkreten Einsatz der Person erforderlich: Beim BND fallen so viele Verschlussachen an, dass allein ein aufgeschnapptes Gespräch auf dem Flur oder eine fehlgeleitete E-Mail von operativ tätigen Kollegen zu schweren Geheimschutzverletzungen führen könnte.

Durch umfangreiche Abfragen in behördlichen Datenbanken, Identitätsprüfungen gegen Einschleusungen von Agenten und die Befragung von Kontaktpersonen auf Extremismus, Spionage oder Erpressbarkeit des Betroffenen hin werden die Nachrichtendienst-Angehörigen auf ihre Zuverlässigkeit abgeklopft – bereits leise Zweifel führen nach dem Grundsatz *in dubio pro securitate* (§ 14 Abs. 3 Satz 3 SÜG) zu einem negativen Testat. Zu diesem Resultat kam dann auch der BND im Fall Wagener. Durch den Widerruf seines Sicherheitsbescheids darf er inzwischen seit vier Jahren keine dienstlichen Gebäude mehr betreten. Überdies kam seine Lehrtätigkeit zum Erliegen, weil sie ebenfalls auf dem Gelände des BND stattfand und die Identitäten des Behördennachwuchses an sich bereits schützenswert sind.

Zudem leitete der Auslandsnachrichtendienst ein Disziplinarverfahren ein, in dessen Folge er schließlich im Mai 2024 eine Disziplinarverfügung erließ, nach der Wagener eine Kürzung seiner Dienstbezüge auferlegt wurde. Ein Widerspruch des Politikwissenschaftlers Anfang 2025 war nicht erfolgreich, sodass er beim BVerwG Klage erhob, das für Angelegenheiten des BND nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO erst- und letztinstanzlich zuständig ist. Als die Sache schließlich am 9. Oktober 2025 verhandelt wurde, trafen Naheliegendes und Erstaunliches zusammen.

Verletzt ein ethnischer Volksbegriff die Verfassungstreuepflicht?

Das BVerwG begann die Verhandlung damit, explizit zu bestimmen, welche Dienstpflichtverletzung der BND Wagener vorwirft. Zum Gegenstand seiner Verfügung hatte der BND gerade keinen Verstoß gegen die beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht gemacht, auch wenn dies mit Blick auf Wageners Ausführungen zur Frage, wer „richtiger“ Deutscher sein könne, vielleicht nahegelegen hätte. BND und BVerwG waren sich nach ihrer Interpretation der verfassungsgerichtlichen Judikatur hingegen darin einig, dass nur solche Verwendungen des „ethnisch-kulturellen Volksbegriffs“ als verfassungsfeindlich zu bewerten seien, die auf eine rechtliche Benachteiligung von als bloße „Passdeutsche“ identifizierten Staatsbürgern abzielen (so anlässlich der Einstufung der AfD-Bundespartei wohl auch [OVG NRW, Urt. v. 13.05.2024, 5 A 1218/22, Rn. 211](#)).

Dass diese Wertung rechtlich nicht zwingend erscheint, legen andere Entscheidungen nahe. So erklärte etwa der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, dass ein ausschließlich aus ethnischen bzw. ethnokulturellen Kategorien gebildeter Volksbegriff für sich genommen dem Grundgesetz widerspreche ([Beschl. v. 14.09.2023, 10 CE 23.796, Rn. 105](#)). Ferner bestätigte das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, dass völkisch-abstammungsmäßige Konzepte auch dann gegen die Verfassung verstoßen könnten, wenn sie nicht absolut gelten ([Beschl. v. 23.06.2021, OVG 1 N 96/20, Rn. 13](#)). Die dortigen Richter erklärten sogar ausdrücklich, dass die auf den emeritierten Staatsrechtslehrer Dietrich Murswiek zurückgehende These

abzulehnen sei, wonach „die politische Forderung nach dem Erhalt der ethnokulturellen Identität des Deutschen Volkes erst dann verfassungswidrig werde, wenn sie die rechtliche Ausgrenzung und Diskriminierung deutscher Staatsangehöriger anderer ethnischer Zugehörigkeit bedeute“.

Freie Wissenschaft und beamtenrechtliche Wohlverhaltenspflicht

Es fällt aber trotz dieser divergierenden Blickwinkel in der Rechtsprechung schwer, in Wageners Ausführungen bereits irgendwelche Umsetzungsschritte für die Idee des „ethnisch-kulturellen Volksbegriffs“ zu identifizieren – ob nun mit oder ohne Ausnahmen versehen –, um ihm sodann einen Verstoß gegen die beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht zur Last legen zu können. In seinem „Kulturkampf“-Buch nimmt der Politikwissenschaftler für sich in Anspruch, den grundgesetzlichen Begriff der Deutschen gerade nicht abzulehnen. Stattdessen wolle er allein aus politologischer Sicht eine zusätzliche Kategorie außerhalb der Rechtssphäre schaffen. Um eine Auf- oder Abwertung anderer Menschen gehe es ihm nicht. Man muss dies nicht glauben, widerlegen lässt es sich aber kaum. Insofern war es vermutlich konsequent, dass der BND nach den Erkenntnissen der mündlichen Verhandlung in seiner Disziplinarverfügung nur auf die beamtenrechtliche Wohlverhaltenspflicht abstellte. Danach müssen Beamte inner- wie außerhalb der Amtsausübung der durch ihre dienstliche Stellung gebotenen Achtung und dem damit verbundenen Vertrauen gerecht werden.

Martin Wagener ist indes nicht irgendein Beamter, sondern Wissenschaftler. Es versteht sich von selbst, dass der Dienstherr zumindest im Kontext akademischer Tätigkeiten – worunter die Veröffentlichung des „Kulturkampf“-Buchs trotz aller methodischen Schwächen zählen dürfte – keine „Fachaufsicht“ ausüben darf. Daher existieren Stimmen im Schrifttum, die annehmen, anlässlich wissenschaftsbezogener Äußerungen von Hochschullehrern gebe es im Grunde keinen Platz für eine unterhalb der Verfassungstreue anzusiedelnde Wohlverhaltenspflicht (von einer zumindest grundsätzlichen Immunität wissenschaftli-

cher Thesen mit Blick auf das Mäßigungsgebot sprechend: Gärditz, *Forschung & Lehre*, 2/18, S. 116 ff.).

Auswirkung auf ähnliche Fälle an der HS Bund

Es erschien allerdings nicht fernliegend, dass das Gericht hier einen differenzierenden Maßstab anlegen würde. Tatsächlich stellte das BVerwG in seiner nach der mündlichen Verhandlung ergangenen Entscheidung heraus: „Mit dieser Stellungnahme [zu den ‚Türken mit einem deutschen Pass...‘] positioniert sich der Kläger in einer Weise, die das Vertrauen seines Dienstherrn und der Studenten darin beeinträchtigt, dass er seinem dienstlichen Auftrag und der damit verbundenen Vorbildfunktion gerecht wird.“ Daher sei die Disziplinarverfügung des BND „nicht zu beanstanden“ (vgl. [PM Nr. 76/2025 v. 09.10.2025](#)).

Bereits hierdurch kommt dem bundesverwaltungsgerichtlichen Judikat eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung zu. Die Entscheidung verdeutlicht, dass auch im hochgeschützten Bereich der Wissenschaftsfreiheit Umfang und Grenzen von Dienstpflichten nicht schablonenhaft bewertet werden dürfen, sondern diese vielmehr anhand des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen sind. In seiner oben genannten Pressemitteilung umschrieb es das BVerwG so: „Der Kläger ist als Professor an der Hochschule des Bundes vornehmlich mit der Aus- und Fortbildung von Anwärtern und Beamten des gehobenen Dienstes betraut; dies ist zu berücksichtigen bei der amtsbezogenen Pflicht des Beamten, durch sein Verhalten das für die Ausübung der Dienstpflichten erforderliche Vertrauen nicht zu beeinträchtigen.“

In der Konsequenz dürften ähnlich gelagerte Fälle aus den letzten Jahren neu zu bewerten sein. Dies betrifft beispielsweise Rainer Maninger, der als Bundespolizei-Professor ebenfalls an der HS Bund lehrt. Dem Politologen wird durch verschiedene Presseberichte vorgeworfen, Mitbegründer des rechtsextremistischen „Instituts für Staatspolitik“ zu sein, das heute formal in die Unternehmungsgesellschaften „Menschenpark“ (Schulungsgeschäft) und „Metapolitik“ (Verlagsaktivitäten) aufgespalten ist. Ein erst vor wenigen Wochen veröffentlichtes [Gutachten](#) identifiziert in seinen wissenschaftlichen Veröffentlichungen

Narrative des „Ethnopluralismus“ sowie Argumentationen, die – ähnlich wie die Aussagen Wageners – auf „biologischen Grundannahmen“ basieren.

Vielsagende Hinweise der Bundesrichter

Bemerkenswerterweise beließ es der 2. Senat des BVerwG jedoch nicht bei seinen entscheidungserheblichen Feststellungen, wonach die Verbreitung des Ethnopluralismus durch einen Beamten trotz seiner Rolle als Wissenschaftler ein Dienstvergehen begründen kann. Mehrfach wies der Vorsitzende im Rahmen der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass sich im „Kulturkampf“-Buch möglicherweise Anhaltspunkte für weitere Dienstvergehen finden ließen. Dies betreffe den Großbereich „Verschwörungstheorien“ als zweite argumentative Hauptlinie Wageners. In seinem Machwerk will der Politikwissenschaftler hinter den von ihm beklagten ethnokulturellen Entwicklungen ein „Regierungsprojekt“ mit dem Ziel erkannt haben, „die deutsche Kulturnation abzuschaffen“, indem sie vor dem „Bild einer primär schuldbeladenen Geschichte“ durch „politisch-mediale Eliten“ in „eine multikulturelle Willensnation“ umentwickelt werde.

Als „Machtzentrum“ dieser Bedrohung hat der Autor Angela Merkel ausgemacht, deren Vita er einen eigenen Abschnitt widmet. Hierbei gelangt er zu dem Ergebnis, dass sich die Politik der früheren Bundeskanzlerin ohne eine gestörte Identität nicht erklären lasse. Für die Umsetzung ihres *agenda settings* habe Merkel den Verfassungsschutz „zur Durchsetzung auch ideologischer Ziele“ missbraucht. Der damalige Behördenleiter Thomas Haldenwang lieferte angeblich „intelligence to please“, also nachrichtendienstliche Gefälligkeitsarbeit. Gleich mehrere Bewertungen des Inlandsnachrichtendienstes müssten als Verlassen des „Bodens seriöser Beschreibungen der innenpolitischen Lage“ beschrieben werden, und der Verfassungsschutz entdeckte „weitaus mehr Rechtsextremismus“ als tatsächlich vorhanden sei.

Nach Ansicht Wageners manifestiert sich dieser Befund in der Einstufung der „Identitären Bewegung“ als „gesichert rechtsextremistisch“. Das Bundesamt für Verfassungsschutz könne seine Vorwürfe gegenüber dieser Gruppierung nur durch „sehr weitreichende

Interpretationen und zuweilen Unterstellungen“ generieren. Wagener will sich in diesem Kontext mit Martin Sellner als Gallionsfigur der „Identitären“ befassen haben, den er zu einem mehrstündigen Gespräch traf. Daraufhin urteilt der Politikwissenschaftler: Wenn man sich nur genug Mühe mache (was der Verfassungsschutz natürlich versäumt habe), würde man hinreichende Zitate finden, um Sellner als „lupenreinen Demokraten“ anzuerkennen. Zwar gebe es ebenfalls Sentenzen, die ein anderes Bild zeichnen könnten – aber nur „klug zusammengeschnitten“.

Staatsdelegitimierung als Dienstpflichtverstoß

Diese Ausführungen sind, wie der Verhandlung in Leipzig zu entnehmen war, durchaus auch dem BND aufgefallen. Er hatte sie Wagener jedoch nicht wirksam als zusätzlichen Pflichtverstoß vorgeworfen. Hintergrund für jene Zurückhaltung könnte gewesen sein, dass die verwaltungs- und insbesondere die verfassungsgerichtliche Spruchpraxis im Hinblick auf Delegitimierungsnarrative zuletzt restriktiv ausgefallen ist. So machte das Oberverwaltungsgericht Münster anlässlich der AfD-Verdachtsfalleinstufung deutlich, dass sich der Verfassungsschutz eher auf ethnisch-kulturelle Forderungen konzentrieren solle (vgl. [Urt. v. 13.05.2024, 5 A 1218/22, Rn. 206 ff.](#)) – was dieser im Gutachten zur Hochstufung der AfD aus dem Frühjahr 2025 dann konsequent tat.

Dass das BVerwG in der hier diskutierten Disziplinarsache nun doch an schrille Töne gegenüber politischen Institutionen und Akteuren anknüpfen zu wollen scheint, ist dennoch überzeugend. Nimmt man die Logik des Gerichts ernst, dass Professoren an Verwaltungsfachhochschulen als Bundesbeamte einer – im Lichte ihrer Stellung als Wissenschaftler anzupassenden – Wohlverhaltenspflicht unterliegen, stehen sie dem Staat gerade nicht wie gewöhnliche Bürger gegenüber. Jedenfalls für all jene, die keine klassischen Fächer an traditionellen Universitäten lehren, sondern für die Ausbildung der Staatsdiener von morgen verantwortlich zeichnen, dürfte sich das Maß an geschuldetem Wohlverhalten erweitert haben. Dieses umfasst nicht nur den Verzicht auf Thesen, die sich wie der ethnisch-kulturelle Volksbegriff im Nahfeld

von Angriffen auf die Menschenwürde bewegen. Der Staat darf vielmehr fordern, dass seine eigenen Ausbilder die durch das Grundgesetz vorgesehenen Institutionen und Werte treu verteidigen.

Christian Walburg

Wer ist „wir“?

Zur neuerlichen Debatte über die Debatte über Migrantenkriminalität

doi: 10.59704/21504e48ce1752a4



Elisa Hoven und Frauke Rostalski haben einen Nerv getroffen, als sie am 26. November 2025 in einem [Gastbeitrag](#) in der FAZ forderten, „wir“ müssten endlich ehrlicher über Migration und Kriminalität sprechen. Bei näherem Hinsehen bleibt aber vieles offen: Wer genau soll da endlich ehrlich sein – Politik, Medien, Wissenschaft? Tatsächlich ist der Diskurs des Jahres 2025 längst geprägt von Innenministern im Klartextmodus, kriminalstatistischen Sonderauswertungen im Monatstakt und Leitmedien, die Probleme benennen und dabei manchmal wie getrieben wirken von der Sorge, bei „Migrationsproblemen“ als zu unkritisch wahrgenommen zu werden. Zwischen Alarmismus und Abwiegeln gibt es zwar Fehlstellen, aber das Bild einer dominierenden Verharmlosungsneigung hält einer nüchternen Betrachtung kaum stand.

Die Konstruktion eines Debattenproblems

Zunächst: Elisa Hoven und Frauke Rostalski haben völlig recht, wenn sie fordern, dass Kriminalitätsprobleme im Zusammenhang mit Zuwanderung weder aufgebauscht noch kleingeredet werden sollten. Für das eine Ende des Spektrums, das heißt für Skandalisierung („alles wird immer schlimmer“), Pauschalisierung („die Messermigranten“) und Ethnisierung („weil sie Muslime sind“), liefern [AfD](#), Nius & Co. täglich neues Anschauungsmaterial. Und auch das andere gibt es, Berührungängste sowie die Sorge, etwas Falsches zu sagen und Minderheiten mit dem abwertenden Label der Kriminellen zu stigmatisieren. Eine solche Haltung äußert sich zuweilen darin, sich mit der Dekonstruktion von Kriminalstatistiken zu begnügen.

Zwar sind diese Statistiken zu amtlich erfassten Straftaten in höchstem Maße interpretationsbedürftig,

und sie [sprechen gerade beim Thema Migration eben nicht ohne Weiteres „für sich“](#). Damit gilt es verantwortungsvoll umzugehen. Eine Position des „das lässt sich gar nicht genau sagen“ oder „hier gibt es nichts zu sehen“ leistet jedoch in der Tat keinen ausreichenden Beitrag zu einer adäquaten Lagebeschreibung, geschweige denn zu Lösungen von Problemen, die es bei der Aufnahme und Integration von Migranten und Geflüchteten auch gibt. Und eine solche – nennen wir sie abwiegelnde – Position würde deutlich hinter den sehr [differenzierten Forschungsstand](#) zurückfallen. Die Frage ist aber: Ist das übermäßige Relativieren, das die Autorinnen beklagen, eine die Debatten des Jahres 2025 prägende Position in Politik, Medien oder der Wissenschaft?

Politik und Behörden

Die wesentlichen für den Umgang mit Kriminalität politisch verantwortlichen Akteure des Landes, Innenminister wie Alexander Dobrindt, Herbert Reul, Joachim Herrmann, Andy Grote oder Thomas Strobl, würden den Vorwurf der Herumdruckerei und Verharmlosung weit von sich weisen und haben das Klartext-Sprechen zum Teil zu ihrem Markenkern gemacht. Und die in deren Verantwortungsbereich angesiedelten Polizeibehörden haben in Kriminalstatistiken, Sonderauswertungen und speziellen Lagebildern die Erfassung und Information über migrationsbezogene Merkmale von Tatverdächtigen in den vergangenen zehn Jahren nicht etwa eingeschränkt, sondern erheblich ausgeweitet.

Migrationsmerkmale in der Polizeilichen Kriminalstatistik

In der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) finden sich seit einigen Jahren, in Reaktion auf den starken Zuzug von Geflüchteten in den Jahren 2015/2016, auch gesonderte **Angaben** zu anerkannten Geflüchteten als Opfer und Tatverdächtige. Diese werden zudem, zusammen mit Asylbewerbern im laufenden Verfahren, Geduldeten und illegal Aufhältigen, nunmehr zusätzlich in der Tatverdächtigen-Kategorie der etwas missverständlich so genannten „Zuwanderer“ erfasst und in den PKS-Berichten und speziellen **Lagebildern zu „Kriminalität im Kontext von Zuwanderung“** gesondert ausgewertet; all dies ist für jedermann auf den Webseiten der Polizeibehörden abrufbar.

Tatverdächtigenraten für die ausländische Bevölkerung

In diesem Frühjahr hat das Bundeskriminalamt zudem erstmals bundesweite **Tatverdächtigenbelastungszahlen** für die Bevölkerung ohne deutsche Staatsangehörigkeit veröffentlicht. Über die bloße absolute Zahl der ausländischen Tatverdächtigen hinaus lässt sich damit auch die für etwaige Gruppenvergleiche und Einordnungen über die Zeit wichtige relative Registrierungshäufigkeit erkennen, das heißt die Tatverdächtigenrate in der ausländischen Bevölkerung. Zwar waren Fachleuten die entsprechenden Größenordnungen auch zuvor bereits anhand von Kriminalstatistiken einiger **Bundesländer** oder aus regionalen **Sonderauswertungen** bekannt, und sie wurden auch kommuniziert. Nun liegen aber erstmals auch bundesweite „amtliche“ Zahlen dazu vor.

Inwieweit die so produzierten Tatverdächtigenraten hinreichend verlässlich sind, steht auf einem anderen Blatt und bedarf wohl noch einer eingehenderen Untersuchung. Die *Crux* ist hier schon immer, dass die Zahlen zur ausländischen Wohnbevölkerung in den entsprechenden amtlichen Daten (Zensus und Ausländerzentralregister) vergleichsweise ungenau sind und gerade in Jahren des starken Zuzugs den Stand nicht angemessen wiedergeben. Die so ermittelten Tatverdächtigenraten stehen auf umso wackeligerer Datengrundlage, je mehr man solche relativen Häufigkeiten

dann auch noch für einzelne, zum Teil sehr kleine Staatsangehörigkeits-Gruppen errechnet: Dann können schon ein paar Tausend in der Bevölkerungsstatistik untererfasste Personen den Quotienten erheblich verzerren. Hat man in früheren Jahren die Ergebnisse aus zeitlich aufwändigen **Sonderauswertungen** und **Studien** abgewartet, um diesen methodischen Problemen zu begegnen, werden diese Ungenauigkeiten nun zugunsten eines offenkundig als vorrangig eingeschätzten Bedürfnisses nach schneller und kontinuierlicher, wenngleich weniger präziser Information hingenommen: Lieber eine ungenaue schnelle Zahl als erst einmal gar keine Zahl.

Herkunftsnennung in Pressemitteilungen der Polizei

Immer mehr Bundesländer sind schließlich dazu **übergegangen**, in Pressemitteilungen der Polizei stets die Staatsangehörigkeit von Verdächtigen zu benennen – ein wohl nur begrenzt aussichtsreicher Versuch, dem Agitationspotenzial des Themas für rechte Akteure zu begegnen. Die Begehrlichkeiten finden damit kein Ende, wie Fragen nach den Vornamen, früheren oder doppelten Staatsangehörigkeiten von Verdächtigen bezeugen.

Medien

Für die Behandlung des Themas Migration und Kriminalität in den Medien wird man ganz unterschiedliche Beispiele finden, in den weiten Welten von Social Media auch viel Undifferenziertes. Besonders relevant für den Beitrag von Hoven und Rostalski sollten allerdings wohl die Leitmedien sein, die den öffentlichen Diskurs nun einmal besonders prägen.

Printmedien

Den großen Tages- und Wochenzeitungen – als jeweils die Blattlinie bestimmend – eine Leugnung oder auch nur eine tendenziöse Relativierung von Kriminalitätsproblemen im Zusammenhang mit Zuwanderung vorzuhalten, erscheint eher fernliegend. **FAZ**, **SZ** und **ZEIT** berichten alljährlich umfassend, wenn im Frühjahr die PKS-Zahlen bekannt gegeben werden, und **beleuchten** das **Thema** auch zu **anderenAnlässen**. **BILD** und **WELT** befassen sich besonders häufig mit diesen

Fragen, gerne auch mit (von wem eigentlich?) vor der Veröffentlichung der amtlichen Statistiken durchgeschobenen Zahlen, mit denen man dann tagelang den Ton gesetzt hat. Dass überdies in der alltäglichen Kriminalitätsberichterstattung die etwaige ausländische Staatsangehörigkeit eines Beschuldigten weit überproportional genannt wird, ist gut belegt und allgemein bekannt.

TV-Berichterstattung

Was die Darstellung im klassischen Fernsehen betrifft, ist die Lage weniger übersichtlich. Versuchsweise lässt sich anführen, dass die Lage hier bunt ist. Spiegel-TV ist auf Clanstrukturen geradezu spezialisiert. WELT-TV bezieht seine Einordnungen bevorzugt von Manuel Ostermann, einem lautstarken Vertreter der Deutschen Polizeigewerkschaft, der mit Verweis auf die Zuwanderung ein besonders düsteres Bild von der Sicherheitslage zeichnet. Die öffentlich-rechtlichen Sender sehen sich hingegen generell eher dem Vorwurf einer gewissen Linkslastigkeit ausgesetzt – und versuchen gegenwärtig, diesem Eindruck mit zum Teil recht unbeholfen wirkenden, dezidiert konservativ-rechten Programmangeboten entgegenzutreten.

Die Kölner Silvesternacht ist zehn Jahre her.

Beim WDR grenzten diese Versuche zuletzt ein wenig an Selbstverleugnung, indem dem Thema Migration und Kriminalität unter dem Titel „Tanz ums Tabu“ eine halbstündige, wenig analytische und dafür umso mehr Stimmungen einfangende Reportage gewidmet worden ist. Und damit bei manchen womöglich der Eindruck bestärkt wurde, die Probleme seien bis dahin etwa in den hauseigenen Nachrichtenprogrammen nicht hinreichend deutlich angesprochen worden – was aber doch nachweisbarer Fall war. Seit der berüchtigten Kölner Silvesternacht 2015/2016, in deren Nachgang die Medien mit dem Vorwurf einer zu spät und zu zögerlich einsetzenden Berichterstattung konfrontiert waren, sind nun zehn Jahre vergangen.

Talkshows: kein Mangel an Debatten über Integrationsprobleme

Natürlich haben die politischen Magazine der öffentlich-rechtlichen Sender zum Teil etwas unterschiedliche Grundaussrichtungen, ganz im Sinne des Meinungspluralismus und des Ringens um vernünftige Einordnungen und Lösungen. In den abendlichen Talkshows von ARD und ZDF wiederum kommen regelmäßig Gäste zu Wort, die deutlich auf Probleme der Integration oder des religiösen Fundamentalismus hinweisen. Natürlich finden sich bei alldem auch Beispiele, die den Autorinnen (und anderen) als zu relativierend vorgekommen sein mögen. Von anderer Seite werden hingegen die „migrationskritischen“ Stimmen zuweilen als zu einseitig und pauschalisierend empfunden. Hier empfiehlt sich wohl in alle Richtungen etwas mehr Entspanntheit im Umgang mit nicht genehmen Positionen. Die entscheidende Frage ist, ob übermäßig relativierende Beispiele diskursprägend sind, oder ob mit dem eigenen Debattenbeitrag nicht ein Zerrbild des öffentlichen Diskurses gezeichnet wird. Dieser Diskurs bewegt sich bei diesem komplexen und zugleich besonders instrumentalisierungsanfälligen Thema unweigerlich auf einem schmalen Grat.

Kriminologie

Und die Wissenschaft? Es entspricht nicht im Ansatz dem Stand der kriminologischen Forschung, wenn es so ankommt, als sei man bei der Diskussion um die längst gut bekannten Grenzen der Aussagekraft von Kriminalstatistiken stehen geblieben. Gleichwohl tut der Hinweis auf die Tücken der Statistik immer wieder Not, wenn zum Beispiel auch Hoven und Rostalski für Syrer und Afghanen Tatverdächtigenbelastungszahlen einschließlich Verstößen gegen ausländerrechtliche Bestimmungen anführen und zu denen von Deutschen in Beziehung setzen – Deutsche können solche Einreise- und Aufenthaltsverstöße nun einmal nicht begehen. Aber ja, auch das hat man schon erlebt und klarstellen müssen: Unterschiedliche Tatverdächtigenhäufigkeiten bei Gewaltdelikten beeinflusst dieser Aspekt naturgemäß nicht.

Werden Minderheitenangehörige häufiger angezeigt?

Eine Schwarz-Weiß-Debatte etwa um die Frage der Bedeutung unterschiedlicher Kriminalisierungswahrscheinlichkeiten von Mehrheits- und Minderheitsangehörigen, wie es sie bis in die 1990er Jahre zwischen Kritischer und traditioneller Kriminologie zum Teil noch gegeben hat, hat sich heute weitgehend zu einer weit [differenzierteren Betrachtung](#) weiterentwickelt. Vor dem Hintergrund der zahlreichen Befunde aus [Täter- und Opferbefragungen](#) zur Verbreitung der nicht offiziell erfassten Kriminalität wird heute kaum noch angeführt, dass erhöhte offizielle Kriminalitätsraten *allein* das Ergebnis einer größeren Anzeigehäufigkeit gegenüber Migranten sind. Der Aspekt gehört aber, vor allem bei den weiter verbreiteten leichteren Delikten, zum [Gesamtbild](#) dazu. Und es ist daher Aufgabe von Forschenden, auch darauf hinzuweisen – auch wenn es manche nicht mehr hören mögen.

Die Faktoren „jung und männlich“

Wenn die Autorinnen überdies darauf hinweisen, dass man auch mit der unterschiedlichen soziodemografischen Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung (höherer Anteil junger Männer) nicht alle Unterschiede erklären kann, haben sie recht. Nur: Diejenigen, die sich näher damit befassen, behaupten dies natürlich auch nicht. Es ist unglücklich, wenn dieser Eindruck erweckt wird, indem nicht genauer spezifizierte Adressaten des Appells in einen Topf geworfen werden. Der höhere Anteil junger Männer (und der geringere Anteil von Frauen im Seniorenalter) etwa unter den Geflüchteten spielt bei dem Vergleich der Kriminalitätsbeteiligung mit der der deutschen Bevölkerung selbstverständlich eine gewisse Rolle. Insgesamt reduzieren sich die Unterschiede bei den Tatverdächtigenbelastungszahlen von Deutschen und Ausländern, bezogen auf alle Delikte, durch die statistische Kontrolle von Alter und Geschlecht um [vorsichtig geschätzt 25 bis 30 Prozent](#) – nicht (viel) mehr, aber auch nicht weniger.

Kulturelle Einflüsse

Es ist Aufgabe der Wissenschaft, sich auch mit den schwierigen Aspekten des Themas zu befassen, also solchen, die in besonderem Maße anfällig sind für kulturellrassistische Verallgemeinerungen und politische Instrumentalisierung. Rassismus und Rechtsruck gibt es ohnehin. Sie sind nicht angewiesen auf differenzierte Forschung, die im Übrigen allzu einfache und pauschalisierende Wahrheiten regelmäßig erschüttert. Und nur durch Forschung können auch etwaige Lösungsansätze entwickelt werden. Ohne hier für alle Wissenschaftszweige sprechen zu können, lässt sich zumindest für die hiesige Kriminologie sagen, dass [seit Langem](#) beispielsweise auch [Gewalt-](#) und [Männlichkeitseinstellungen](#), [tradierte Ehrbegriffe](#) oder [fundamentalistische Orientierungen](#) unter Zugewanderten untersucht werden. Wer den Text von Hoven und Rostalski liest, kann den Eindruck gewinnen, die Kriminologie müsste mit Blick auf solche Themen erst noch wachgerüttelt werden.

Was bleibt?

Vielleicht dies: Wir, um das Personalpronomen aus der Überschrift der Autorinnen aufzugreifen, sollten nicht leichtfertig die Erzählung von Rechtsaußen nähren, „die da oben“ würden die Dinge verschweigen, indem wir ein Zerrbild der Debatte des Jahres 2025 zeichnen. Und ja, wir sollten uns immer wieder [aufs Neue bemühen](#), zu einem möglichst realistischen Bild der Lage zu gelangen und konstruktiv um Lösungsansätze zu ringen.

Hans Kudlich, Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu

Müssen stete Tropfen hier einen Stein höhlen?



K.O.-Tropfen und Grenzen legislativer Reaktion

doi: 10.59704/735179306de84753

K.O.-Tropfen gehören seit Jahren zur Phänomenologie strafbarer Willensbeugung, besonders bei Sexualstraftaten. Parallel dazu hält die Forderung nach spezifischen Sanktionen, wie sie im europäischen Ausland etwa explizit in Sec. 61 UK Sexual Offences Act 2003 oder in Art. 222-30 N. 8 Code Pénal existieren, an. Nun soll das Strafrecht auch in Deutschland nachjustiert werden: Ein aktueller [Referentenentwurf](#) soll das Sexualdelikt des § 177 sowie den schweren Raub nach § 250 StGB um ein eigenes Qualifikationsmerkmal für den Einsatz sedierender Substanzen erweitern.

Der Reformvorschlag knüpft ausdrücklich an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) an, die K.O.-Tropfen nicht als „gefährliches Werkzeug“ einordnet. Tatsächlich wird mit dem Entwurf aber nicht eine strafrechtliche Lücke geschlossen, sondern dem politischen Reflex gefolgt, höchstrichterliche Präzisierungen zu übersteuern. So verständlich dabei das Motiv sein mag, so problematisch ist das Vorhaben aus zwei Gründen: wegen der Einengung des tatrichterlichen Spielraums in der Strafzumessung und wegen des Vorgaukelns, an einer Stelle Abhilfe zu schaffen, wo die mit der Änderung beabsichtigten Konsequenzen auch schon nach gegenwärtigem Gesetzesstand ohne Weiteres erreicht werden können.

Einordnung der aktuellen Initiative

Die in einem aktuellen [Referentenentwurf](#) entwickelte Gesetzesinitiative, die Qualifikationstatbestände in § 177 Abs. 8 und § 250 Abs. 2 StGB („bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet“) um den Begriff des „Mittels“ zu erweitern („bei

der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug oder Mittel verwendet oder“), reagiert erklärtermaßen auf die [Entscheidung des Bundesgerichtshofs 5 StR 382/24 vom 8. Oktober 2024](#). Dort hatte der Senat den Einsatz sogenannter K.O.-Tropfen nicht unter den Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ subsumiert. Aus Sicht der Entwurfsverfasser soll sich damit eine „Strafbarkeitslücke“ gezeigt haben; auch sei von einer zunehmenden Häufigkeit entsprechender Delikte auszugehen.

Zwei Stellungnahmen der [BRAK](#) und des [DAV](#) befassen sich auf Grundlage eines früheren Entwurfs des Bundesrates mit ähnlicher Stoßrichtung (Ergänzung um die „Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen“, vgl. BT-Drs. 21/551 – Entwurf eines Gesetzes zur strafrechtlichen Bekämpfung der Verabreichung sogenannter K.O.-Tropfen zur Begehung von Raub- und Sexualdelikten) ausführlich mit dieser Thematik. Beide gelangen zu dem Ergebnis, dass weder eine Strafbarkeitslücke besteht noch die kriminologische Lage eine Verschärfung der Strafdrohungen erfordert oder begründet. Nun mag man meinen, dass eine zurückhaltende Reaktion aus dem Kreis der Strafverteidigung auf Vorschläge zu neuen Straf- bzw. Qualifikationstatbeständen erst einmal nicht besonders überraschend ist. Doch würde man es sich damit wohl zu einfach machen. Denn bei Verhaltensweisen, deren Gefährlichkeit und deren kriminelle Energie so sehr außer Frage stehen, darf man der Anwaltschaft sicher nicht unterstellen, dass sie diese verharmlosen will und sich des Gefahrenpotenzials nicht zuletzt für Frauen, die Opfer entsprechender

Begehungsweisen im Zusammenhang mit Sexualdelikten werden, nicht bewusst wäre.

Das ändert aber nichts daran, dass die Bedenken nachvollziehbar erscheinen. Dabei geht es weniger um den auf den ersten Blick durchaus naheliegenden Einwand, dass etwa das Beibringen von K.O.-Tropfen (jedenfalls von welchen ohne länger andauernde Gesundheitsschäden) für ein Raubopfer kaum gravierender ist als eine empfindliche Gewaltanwendung mit bloßen Händen (unterhalb der Schwelle des § 250 Abs. 1 Nr. 1c und insbesondere des Abs. 2 Nr. 3 StGB) und auf jeden Fall weniger gefährlich erscheint als etwa der Schuss mit einer Waffe oder das Zuschlagen mit einer Eisenstange (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Denn dieser oft geringeren Gefahr von Gesundheitsschäden steht die erleichterte und unauffälligere Begehung durch das meist heimliche Beibringen der Tropfen gegenüber, deren besonders hinterhältige Wirkung oft auch darin besteht, dass sie zu Erinnerungslücken beim Opfer führen. Bedenken ergeben sich vielmehr mit Blick auf die empirische Basis des Änderungsvorschlags und auf die (in ihrer Notwendigkeit fragwürdige) Reduzierung des Strafzumessungsspielraums.

Zur tatsächlichen Ausgangslage jenseits medialer Wahrnehmungen

Der Entwurf stützt sich auf die Aussage, immer mehr Menschen würden Opfer von K.O.-Tropfen. Beide Stellungnahmen weisen zu Recht darauf hin, dass eine empirisch belastbare Verifizierung dieser Annahme derzeit nicht möglich ist. Die BRAK verweist auf die kurze Nachweisbarkeit einschlägiger Substanzen sowie die Verzerrungen durch häufig begleitenden Alkohol- und Drogenkonsum, die eine verlässliche Erfassung erheblich erschweren. Auch der DAV unterstreicht, dass einzelne öffentlichkeitswirksame Fälle den Eindruck steigender Fallzahlen verstärken, ohne dass dies statistisch untermauert wäre.

Damit bleibt festzuhalten: Weder lässt sich eine signifikante Zunahme der Fallzahlen belegen, noch würden kriminalstatistische Erfassungslücken durch die Einführung neuer Qualifikationstatbestände geschlossen. Die Ausgangslage ist damit weniger eindeutig, als der Entwurf suggeriert. Freilich billigt

das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber insofern auch eine Einschätzungsprärogative zu und man wird bei verbleibenden Zweifeln darüber, wie groß das Problem wirklich ist, bei Tätern, welche Opfer mit K.O.-Tropfen „außer Gefecht setzen“, um sie auszurauben oder schwere Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung der Opfer auszuüben, erst einmal auch keine große Schutzwürdigkeit mit Blick auf unzumutbare Beeinträchtigungen der Handlungsfreiheit annehmen können. Mit anderen Worten: Eine weiter ausdifferenzierte Verhaltensnorm – nicht nur „Du sollst nicht rauben“ bzw. „Du sollst nicht vergewaltigen“, sondern ausdrücklich „Du sollst dies nicht unter Einsatz von K.O.-Tropfen“ – ist erst einmal nicht zu beanstanden. Noch nicht ausgemacht ist damit, ob es hierfür wirklich einer zusätzlichen Strafnorm bedarf und ob auch der Sanktionsteil der Vorschrift angemessen ist.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs und seine kriminalpolitische Tiefenschärfe

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Oktober 2024 wird im Gesetzentwurf erkennbar nur ausschnittsweise rezipiert. Der Senat führt zwar aus, dass sedierende Substanzen nicht als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB zu qualifizieren sind. Diese Feststellung folgt jedoch nicht nur einer methodisch sauberen Auslegung anhand von Wortlaut, Systematik und Historie und dem ausdrücklichen Hinweis auf die Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG. Noch wesentlicher für die kriminalpolitische Bewertung ist, dass der Senat zugleich mit großer Klarheit darlegt, dass das geltende Recht die in Rede stehenden Fallkonstellationen – zumindest typischerweise – bereits vollständig erfasst.

Der BGH stellt heraus, dass

- § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB regelmäßig erfüllt sein wird, weil der Täter ein Mittel bei sich führt, um den Widerstand des Opfers durch körperlich wirkende Gewalt zu überwinden,
- § 177 Abs. 8 Nr. 2b StGB (konkrete Todesgefahr) in Betracht kommt, wenn – wie insbesondere in Kombination mit Alkohol – erhebliche gesundheitliche Risiken bestehen,

- daneben § 221 StGB (Aussetzung) sowie §§ 227, 22, 23 StGB (versuchte Körperverletzung mit Todesfolge) einschlägig sein können.

Die BRAK hebt diese systematische Einbettung ausdrücklich hervor und zeigt, dass die zur Verfügung stehenden Strafraumen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe (über die auch der Entwurf nicht hinausgeht, da es sich schon um das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe handelt!) genügen und ein breites Spektrum tat- und schuldangemessener Reaktionen ermöglichen. Der DAV verweist ergänzend auf aktuelle instanzgerichtliche Rechtsprechung, in der bereits unter Anwendung von § 177 Abs. 7 teils erhebliche Freiheitsstrafen verhängt worden sind. Von einer „Strafbarkeitslücke“ kann vor diesem Hintergrund nicht gesprochen werden.

Die vorgeschlagenen Änderungen im Gefüge des geltenden Strafrechts

Anders als der etwas blässere Begriff des „Mittels“ im Referentenentwurf orientiert sich der Gesetzentwurf des Bundesrats an § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB (auf den aber auch der Referentenentwurf mehrfach rekurriert) und will die Verabreichung „gesundheitsschädlicher Stoffe“ als Qualifikationstatbestand ausgestalten (was freilich nebenbei die Frage aufwirft, ob Medikamente in einer grundsätzlich applizierten Dosis darunterfallen können). Die systematische Parallele wirkt auf den ersten Blick plausibel. Allerdings wird dabei ausgeblendet, dass es sich bei Sexual- und Raubdelikten um heterogene Tatbestände mit ohnehin hohen Grundstrafandrohungen handelt. Die Einführung weiterer Qualifikationsmerkmale führt zwangsläufig zu neuen Mindeststrafen und damit zu einer Einengung der tatrichterlichen Strafzumessungsoptionen. Dies gilt insbesondere für § 177 StGB, dessen normativer Anwendungsbereich bereits seit der Reform 2021 eine erhebliche Breite aufweist.

Da die Höchststrafe von 15 Jahren unverändert bleibt (vgl. § 38 Abs. 2 StGB), würde für Fälle mit K.O.-Tropfen praktisch allein die Mindeststrafe erhöht. So verständlich dies auf den ersten Blick (etwa zur Angleichung an § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu sein scheint, stellt eine solch hohe Mindeststrafe (die derjenigen des

Totschlags entspricht!), auch im bestehenden Recht schon ein Problem dar und sollte eher nicht als „Role Model“ dienen, an dem man sich für neue Gesetze dann „hochzieht“. Gerade in der hier interessierenden Konstellation wäre es vielleicht vorteilhafter, den Strafraumen flexibler auszugestalten, um den Umständen des Einzelfalls (konkrete Wirkung der K.O.-Tropfen? Umstände der Verabreichung? Bloßes Ausnutzen einer gemeinsamen und bis zu einem bestimmten Zustand einvernehmlichen Alkoholisierung? Etc.) besser gerecht werden zu können.

Strafrechtliche Eskalation und ihre Grenzen

Es gehört zu den wiederkehrenden Mustern kriminalpolitischer Debatten, dass auf medial hervorgehobene Fallkonstellationen mit strafscharfenden Maßnahmen reagiert wird. Die BRAK beschreibt den Entwurf zurückhaltend, aber deutlich als „aktionistisch“ und im Kern symbolisch geprägt.

Dies verweist auf eine Grundproblematik: Auch höhere Mindeststrafen ändern weder Nachweisprobleme noch Prävalenz oder Verurteilungsquote. Die präventive Wirkung bleibt gering, während die Gefahr einer „erzwungenen Überschreitung“ der schuldangemessenen Strafe steigt (soweit man dieser nicht durch die Annahme eines minderschweren Falles entgegenwirkt).

Prävention als häufig übersehene Dimension

Beide Stellungnahmen betonen – der DAV besonders nachdrücklich –, dass die eigentlichen kriminalpräventiven Herausforderungen außerhalb des Strafgesetzbuchs liegen. Aufklärung gerade von jungen Menschen über Risiken, verbesserte forensische Abläufe, Sensibilisierung in jugendaffinen Szenen und medizinische Beratung sind Handlungsfelder mit deutlich höherem präventivem Potenzial als zusätzliche Qualifikationen des Kernstrafrechts. Hier könnte der Gesetzgeber seine Ressourcen zielgerichteter einsetzen als im Bereich weiterer Strafschärfungen.

Fazit: rechtspolitische Verantwortung

Die Diskussion um K.O.-Tropfen zeigt erneut, wie schnell der Ruf nach dem Strafrecht laut wird, wenn

gesellschaftliche Verunsicherung oder mediale Aufmerksamkeit die politische Agenda prägen. Dabei ist das geltende Recht bereits jetzt in der Lage, die einschlägigen Fallkonstellationen tat- und schuldangemessen zu erfassen. Eine gesetzliche Verschärfung würde demgegenüber kaum praktische Vorteile bringen, aber die Systematik des Strafrechts weiter verkomplizieren und zwingende Differenzierungen erschweren.

Das alles sind aber „nur“ die „strafrechtsinternen“ Probleme: Rechtsanwendung, angemessene Differenzierung bei der Rechtsfolgenbestimmung, ggf. Verhältnismäßigkeitsbedenken etc. Das rechtspolitische bzw. gesetzgebungskulturelle Problem geht aber noch weiter: Durch die vorgeschlagene Änderung und ihre Begründung entsteht der Eindruck einer bisherigen Schutzlücke und es wird suggeriert, dass diese geschlossen wird. Beides ist nicht richtig. Die eingangs so genannte „Phänomenologie K.O.-Tropfen“ kann dogmatisch schon bislang – wo erforderlich, mit angemessen hohen Strafen – erfasst werden; Probleme der praktischen Rechtsanwendung werden durch die Gesetzesänderung nicht entschärft.

Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, auf die Stärken des bestehenden Systems zu vertrauen und kriminalpolitische Entscheidungen mit der gebotenen Zurückhaltung zu treffen.

Nahed Samour

„Legalistischer Islamismus“

Warum der Begriff rechtsstaatlich gefährlich ist

doi: 10.59704/caeed2c5e53c04e7



Das Bundesinnenministerium (BMI) [will künftig](#) nicht mehr allein den „gewaltbereiten Islamismus“, sondern auch den sogenannten „legalistischen Islamismus“ bekämpfen, der nach Auffassung des Ministeriums „ebenfalls die Demokratie und den gesellschaftlichen Frieden“ bedrohe. Laut [Mitteilung](#) vom 21. November 2025 soll ein Beraterkreis „Islamismusprävention und Islamismusbekämpfung“ dauerhaft eingerichtet werden, um den im Koalitionsvertrag vereinbarten Bund-Länder-Aktionsplans umzusetzen. „Neben repressiven Maßnahmen wie Vereinsverboten und Exekutivmaßnahmen“ hält das Ministerium einen „ganzheitliche[n] politische[n] und gesellschaftliche[n] Ansatz“ für erforderlich. Mit dieser begrifflichen Ausweitung betritt das BMI ein rechtsstaatlich problematisches Terrain, in dem sicherheitspolitische Bewertungen Vorrang vor verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten und der Rechtsweggarantie erhalten.

Wenn Sicherheitsbegriffe wie Recht klingen

Anders als der Begriff des „legalistischen Islamismus“ vermuten lässt („legalistisch“), entstammt er nicht der Rechtsdogmatik, sondern dem sicherheitsbehördlichen Sprachgebrauch – und scheint nun in den exekutiven Sprachgebrauch überzugehen. Seit den 2010er-Jahren findet er sich in Bundes- und Landesverfassungsschutzberichten¹ und beschreibt dort Akteure, die „alle rechtlich zur Verfügung stehenden Möglichkeiten [...] nutzen“ (siehe LfV Berlin, 2018, S. 62), um islamistische Vorstellungen durchzusetzen. Diese Deutung erinnert an den politisch-strategischen Begriff „[Lawfare](#)“, der die Inanspruchnahme gerichtlichen

Rechtsschutzes als missbräuchlich und gefährlich markiert. So heißt es beispielsweise im Bundesverfassungsschutzbericht 2013 (S. 21-22):

„Der ganz überwiegende Teil der Islamisten in Deutschland zählt zu den sogenannten Legalisten. Damit sind islamistische Organisationen in Deutschland gemeint, die bestrebt sind, auf islamistischer Ideologie basierende Vorstellungen des gesellschaftlichen und individuellen Lebens auf legalem Weg durchzusetzen. Um ihre Vorstellungen umzusetzen, betreiben Funktionäre und Unterstützer dieser Organisationen Lobbyarbeit. Sie nutzen dabei intensiv die Möglichkeiten des deutschen Rechtsstaates („Gang durch die Instanzen“). Nach innen sollen für die Mitglieder umfassende und dauerhafte Freiräume für ein schariakonformes Leben geschaffen werden. Dadurch können sich jedoch islamistisch geprägte Parallelgesellschaften entwickeln, welche die Integration behindern.“

Vergleichbare Formulierungen finden sich auch in Landesverfassungsschutzberichten (siehe etwa Landesverfassungsschutzbericht Berlin 2018, S. 62).

Gesellschaftlicher Wandel vollzieht sich im Verfassungsstaat regelmäßig in rechtlichen Formen und ist auf die Inanspruchnahme der bestehenden Rechtsordnung, insbesondere der Grundrechte und des Rechtswegs, angewiesen. Das gilt vor allem für die Umsetzung von Gleichheitsrechten oder das verfassungsrechtlich geschützte religiöse Selbstverständnis. Anders als bei dem Konzept „[autocratic legalism](#)“, bei dem staatliche Akteure das Recht gezielt als Mittel zur

¹ Schiffauer, Werner (2011), Die Bekämpfung des legalistischen Islamismus, in: Marianne Krüger-Potratz/Werner Schiffauer (Hg.), Migrationsreport 2010, Frankfurt am Main/New York: Campus, S. 161-200.

Machtsicherung und -ausweitung instrumentalisieren, sind religiöse Minderheiten auf den Rechtsstaat angewiesen, um ihre Rechte zu schützen. Das Recht fungiert für sie nicht als Macht-, sondern als Schutzinstrumentarium. Das hier inkriminierte Verhalten begründet dabei auch keine Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechts. Vielmehr scheint hier schlicht die religiöse Ausrichtung einer Minderheit ein Dorn im Auge zu sein. Daran zeigt sich weniger eine tatsächliche Gefahr als das staatliche Bedürfnis, die religiöse Ausrichtung seiner Minderheiten zu bestimmen – ein Bedürfnis, das einem vermeintlich säkularen, liberalen Staat rechtlich nicht zusteht. Denn ein religiös neutraler Staat bewertet das religiöse Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften nicht, sondern achtet deren religiöses Selbstbestimmungsrecht (zum besonderen Schutz des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaften siehe jüngst wieder [BVerfG](#), Rn. 179 ff.). Der Begriff des „legalistischen Islamismus“ setzt nun Religionsgemeinschaften dem Generalverdacht aus, die Rechtsordnung und das Gesellschaftssystem Deutschlands böswillig zu unterwandern. Das kommt verschwörerischen Theorien nahe, die man schon anderen religiös-rassischen Minoritäten in Deutschland vorgeworfen hat.

Die Nutzung von rechtlich eröffneten Handlungsmöglichkeiten lässt sich nur dann als rechtsmissbräuchlich qualifizieren, wenn man den Akteuren gewisse Motive spekulativ zuschreibt. Tatsächlich sind gerade religiöse Minderheiten aufgrund ihrer zahlenmäßigen Unterlegenheit und anhaltender [Diskriminierung](#) häufig darauf angewiesen, ihre Rechte auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Exemplarisch zeigen dies die gemeinsamen, letztlich erfolglosen Klagen mehrerer Moscheegemeinden und jüdischer Gemeinden gegen das Verbot ritueller Schächtung in Belgien vor dem [EuGH](#) und dem [EGMR](#).

Für die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist es dabei unerheblich, ob eine Person als religiös oder politisch extremistisch eingeordnet wird; das Grundgesetz gewährt allen Zugang zu Gerichten. Justitia ist bekanntlich blind. „Legalistischer Islamismus“ politisiert damit eine zulässige Grundrechtsausübung – und widerspricht so dem Anspruch auf einen effekti-

ven Zugang zum Recht, den das Bundesministerium der Justiz selbst [betont](#).

Das geltende Recht ist nicht wehrlos

Diese Form exekutiver Verdächtigung ist auch deshalb besonders problematisch, weil die juristische Dogmatik bereits über gefestigte Kategorien verfügt, um rechtsfeindliches oder missbräuchliches Verhalten zu adressieren: Das Recht kennt etwa den Rechtsmissbrauch (im öffentlichen Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeits- und Willkürverbot), das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB, treuwidrige Rechtsausübung im Zivilprozess) oder gesetzliche Verbote (z.B. § 42 AO im Steuerrecht; § 134 BGB). Im öffentlichen Sicherheitsrecht markiert das Tatbestandsmerkmal der „Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ (vgl. § 4 Abs. 1 BVerfSchG), ab wann die Verfassungsschutzbehörden tätig werden dürfen. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Schutzgut der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ bewusst restriktiv definiert: Es umfasse nur „wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unverzichtbar sind“ ([hier](#), Rn. 247). Mit dem freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat unvereinbar sind danach nur Bestrebungen gegen den unverzichtbaren Kern der Menschenwürde, des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips.

Begriffe unterhalb dieser Schwelle, die weder tatbestandliche Voraussetzungen definieren noch rechtliche Prüfprogramme enthalten, sind daher nicht erforderlich und drohen die geltenden Maßstäbe zu verschieben. Schlimmer noch: Sie drohen zu politischen Kampfbegriffen zu werden, die sich einen Weg ins Recht („legalistisch“) bahnen wollen.

Auswirkungen auf Grundrechtsausübung religiöser Minderheiten und Zugang zum Recht

Besonders problematisch ist die begriffliche Politisierung legaler Rechtsausübung wegen ihrer Auswirkungen auf religiöse Minderheiten. Wenn rechtliches Engagement oder der Gang vor Gerichte für bestimmte religiöse Gruppen pauschal unter einen sicherheitsbehördlichen Verdacht gestellt werden, entsteht der

Eindruck eines faktischen Sonderrechts. Dies betrifft insbesondere muslimische Gemeinschaften, die ohnehin verstärkt staatlicher und gesellschaftlicher Beobachtung ausgesetzt sind. In der Vergangenheit waren selbst muslimische Lehrerinnen oder Referendarinnen, die ihre Rechte aus Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 GG gerichtlich geltend machten, dem Vorwurf der Instrumentalisierung des Rechts oder des „Islamismus“ ausgesetzt.² Dabei wird schon der Begriff „Islamismus“, selbst mehr als zwanzig Jahre nach 9/11, im rechtlichen und gerichtlichen Diskurs weiterhin uneinheitlich verwendet und führt zu erheblichen Unschärfen.³ Die Kategorie des „legalistischen Islamismus“ senkt die Hürden für [Eingriffe in die Religionsfreiheit](#) nun zusätzlich.

Überwachungs- statt Rechtsstaat

Wozu dient also der Begriff des „legalistischen Islamismus“? Der Begriff rückt religiöse Minderheiten in die Nähe von „verfassungsfeindlichen Bestrebungen“ und ermöglicht es dem Bundesinnenministerium, diese leichter zu überwachen. Der Begriff kann außerdem rechtssuchende Muslime aus dem öffentlichen Diskurs drängen, weil er auch für die Förderung aus Haushaltsmitteln (beispielsweise aus den Haushaltsmitteln der Linie „Demokratie leben!“) oder bei der staatlichen und gesellschaftlichen Auswahl von muslimischen Gesprächspartner*innen relevant ist. Konzepte wie „legalistischer Islamismus“ können daher beim BMI weniger als rechtlich justiziable Kategorien wirken, sondern als sicherheitspolitische Deutungsmuster, die Verwaltungspraxis, Gefahreneinschätzungen und Grundrechtsabwägungen prägen können, mit erheblichen Auswirkungen auf religiöse Minderheiten, obwohl diese sich innerhalb der Rechtsordnung bewegen.

Für die Feststellung verfassungsfeindlicher Bestrebungen gelten zu Recht strenge verfassungsrechtliche Voraussetzungen. Nach der ständigen [Rechtsprechung](#) des Bundesverfassungsgerichts reicht

eine bloß „diffuse“ Ablehnung staatlicher Institutionen oder eine fundamentalistische Orientierung nicht aus; erforderlich ist, dass die Bestrebung gezielt zentrale Verfassungsprinzipien bekämpft. Der Begriff „legalistischer Islamismus“ droht diese Schwelle zu unterlaufen. In einem Rechtsstaat dürfen Exekutive oder Überwachungsbehörden den legalen Rechtsgebrauch nicht stigmatisieren. Das gilt erst recht, wenn der Gang zu Gericht den Erwartungen der politisch motivierten Exekutive nicht entspricht – denn Grundrechte und die Rechtsweggarantie nach Art. 19 IV GG schützen Minderheiten.

Das Bundesministerium sollte deshalb ausschließlich auf klar definierte und rechtsstaatlich überprüfbare Kriterien zurückgreifen – Verwaltungshandeln jeder Art muss auf juristisch überprüfbare Maßstäbe beruhen und nicht auf politisch-diskursiven Zuschreibungen, die legale politische Partizipation vorschnell als verdächtig klassifizieren.

² S. nur Bertrams, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl 2003, 1225 ff., seinerseits auch Präsident des Verfassungsgerichtshofs für das Land NRW und Präsident des OVG NRW; aus der Perspektive einer Betroffenen: Ludin, Enthüllung der Fereshta Ludin, 2015.

³ Samour, N., Religiöse Praxis in der sicherheitsbehördlichen und gerichtlichen Gefahrenprognose, in Hrsg: Kompetenznetzwerk Islam- und Muslimfeindlichkeit (CLAIM), Zivilgesellschaftliches Lagebild und antimuslimischer Rassismus, 2023, S. 49-53.

Reut Yael Paz

Antisemitism on Trial

German Courts in a Polarized Era

doi: 10.59704/0d7e57e3d1098fe7



Antisemitic incidents in Germany have [risen sharply](#) since October 7, 2023, intensifying pressure on courts, public authorities, employers, and universities to determine where democratic contestation ends and unlawful discrimination begins. While many of these incidents never reach legal thresholds, courts are repeatedly called upon to decide whether contested speech, conduct, or affiliation constitutes legally relevant antisemitism. These decisions must be rendered in [binary terms](#)—lawful or unlawful, permissible or sanctionable—even when social meaning, political symbolism, and intent remain deeply contested.

The difficulty is not a lack of normative commitment. There is broad political consensus in Germany that antisemitism—including its Israel-related forms—must be opposed. However, the very [effort to distinguish legitimate political critique of Israel from Israel-related antisemitism remains deeply controversial](#). This tension exposes a deeper problem: contemporary antisemitism does not map neatly onto legal categories designed to regulate speech, loyalty, or public order.

Courts therefore often encounter antisemitism indirectly, addressing it through adjacent legal concepts such as proportionality, neutrality, constitutional loyalty, or public security—concepts that were not developed with antisemitism as their primary object.

This post examines how German courts navigate this tension by analyzing three recent cases drawn from different areas of law: labor law, citizenship law, and civil service law. The cases are taken from the [Seeing Antisemitism Through Law \(SATL\) database](#), a

comparative research project that examines how antisemitism appears—or fails to appear—in legal practice. Based on a newly developed database of more than 1,000 cases since 1945, the project enables individual judgments to be read not as isolated controversies, but as sites where broader legal and political pressures converge.

The analysis proceeds with methodological caution. Three cases cannot support general claims about judicial behavior, nor can they establish causal hierarchies among protected groups. What they can do is illuminate how antisemitism is juridified—or displaced—across different doctrinal fields, and how legal outcomes vary depending on institutional context, the legal status of the speaker, and the normative vocabulary available to the court.

Taken together, the three cases support a central hypothesis: contemporary German courts do not address antisemitism through a coherent or unified legal grammar, but through shifting doctrinal proxies—proportionality, neutrality, loyalty, and *Staatsräson*—whose application depends less on the content of the antisemitic expression than on the legal field and institutional position in which it appears. This produces not only doctrinal instability but a deeper structural asymmetry: the perspectives and experiences of Jews are seldom the decisive legal reference point. Instead, antisemitism is mediated through concepts oriented toward the rights, duties, and status of the non-Jewish (but also non-Muslim) majority, whose position continues to function as the baseline of German legal reasoning. In effect, German constitutional doctrine presupposes Christian-secular norms as standard—a form of [secularism that is itself histori-](#)

cally shaped by Christian theology—thereby rendering Jews, Muslims, and other minorities legally legible primarily as exceptions. The result is an approach that regulates antisemitism without placing Jewish experience at its centre, revealing both the reach and the limits of law in a moment of acute political and social polarization.

Between Weimar and Today: Seeing the Ambivalences of Antisemitism Through Law

Grey-zone tensions that unsettle strict legal binaries are not new, nor is their entanglement with antisemitism. The unstable boundary between legal reasoning and political power was already visible in the Weimar Republic, where constitutional debate between Hans Kelsen, Herman Heller and Carl Schmitt unfolded against a backdrop of political crisis and coded antisemitism—most explicitly in Schmitt's attacks on "the Jew Kelsen." The episode shows that legal theory was never purely doctrinal; it was shaped by identity, context, and political projection.

Contemporary debates in which "the Zionist" or "the authoritarian Jew" is cast as fascist echo these older patterns in altered form. The problem is not the critical identification of authoritarian or fascist tendencies where they exist—including among Jews or within Zionist movements—but the symbolic exceptionalization of Jews and Zionists as a distinct category of fascism, singled out from comparable ethnonationalist or authoritarian movements elsewhere. This move displaces historical responsibility by projecting fascism onto one of Germany's oldest minorities, while leaving structurally analogous forms of authoritarianism less scrutinized. At the same time, Muslims and Arabs are drawn ambivalently into these dynamics: depending on context, they appear either as those who endanger Jews or as those needing protection from newly imagined "Jewish fascists." This backdrop helps explain why contemporary antisemitism often exceeds legal categories, and why courts—rather than theory alone—have become key sites where these ambivalences are negotiated. Or as Oliver Wendell Holmes expressed in 1881: "The life of the law has not been logic; it has been experience."

Three Cases: What Can We See About Antisemitism Through German Law?

The following three cases illustrate how allegations of antisemitism are processed across different doctrinal fields of German law. Rather than offering a comprehensive account, each case brings a specific legal tension into view—between proportionality and public outrage, political commitment and legal obligation, and private expression and constitutional loyalty—thereby showing how antisemitism is variously named, deferred, or displaced in judicial reasoning.

The El Ghazi Judgment: Loyalty, Proportionality, and Employer Neutrality

On 12 November 2025, the Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz rejected the appeal lodged by 1. FSV Mainz 05, thereby confirming [Arbeitsgericht Mainz's June 2024 judgment](#) in favor of Anwar El Ghazi. The club had terminated El Ghazi's contract after he shared a series of pro-Palestinian Instagram posts following the Hamas attacks of 7 October 2023, including the slogan "From the river to the sea, Palestine will be free." Mainz 05 argued that the posts breached duties of loyalty and reproduced antisemitic tropes. The labor courts, however, drew a sharp distinction between public controversy and the legal thresholds for dismissal. Relying on the principle of employer neutrality (*Arbeitgeberneutralität*), the Landesarbeitsgericht emphasized that an employer may not terminate an employment relationship merely because an employee's political expression conflicts with the institution's publicly declared values.

Two aspects of the case are particularly noteworthy. First, with regard to the slogan "From the river to the sea," the court did not treat its use as such as sufficient grounds for dismissal. Nor did it construe a subsequent social-media post by the employee as a reaffirmation of the slogan. The judgment ultimately turned less on a substantive assessment of the phrase itself than on principles of proportionality. Even assuming that the employer had legitimate concerns, the court held that a warning would have constituted the milder and therefore legally required response;

immediate termination was deemed disproportionate (*unverhältnismäßig*).

It is worth noting that other German courts have addressed the same slogan in different legal constellations and have reached differing assessments depending on context. In August 2024, for example, the [Berlin Tiergarten District Court](#) convicted and fined an activist for chanting it, holding that in that context it denied Israel's right to exist. Shortly thereafter, the [Düsseldorf Administrative Court](#) upheld police bans on its use at demonstrations as precautionary security measures. The [Duisburg Regional Court](#) acquitted a defendant in May 2025. Considered in the aggregate, these rulings do not suggest a single, uniform legal classification of the slogan, but rather underscore that its legal relevance under German law is highly context-dependent—shaped by intent, setting, and the specific institutional or regulatory framework at issue.

Second, the court rejected institutional value commitments as legally determinative: the club's adoption of the [IHRA working definition of anti-semitism](#)—including its [illustrative examples](#) regarding Israel—could not substitute for the statutory requirements of § 626 BGB. Public outrage likewise failed to supply the missing threshold: “substantial public criticism,” the court held, does not in itself constitute an important reason for dismissal. The case thus exemplifies the tension between the moral and political vocabularies through which antisemitism is publicly debated and the doctrinal constraints under which courts operate. While institutions may commit themselves to broader normative frameworks, labor law remains anchored in proportionality, intent, and narrowly defined legal thresholds.

Asymmetrical Scrutiny: Regensburg and the Legalization of Loyalty

In [VG Regensburg \(RO 9 K 24.782\)](#), the Bavarian Administrative Court upheld the denial of naturalisation to an applicant who refused to acknowledge Israel's existence (“Es gibt kein Israel. Es gibt Juden, aber Israel nicht als Land”). The court found this position incompatible with Germany's “special historical responsibility” toward Israel, now referenced in the reformed [Nationality Act](#).

What makes the ruling notable is the way it operationalises [Staatsräson](#). *Staatsräson* is a political doctrine—historically rooted in Cold War diplomacy, later elevated symbolically in [Merkel's 2008 Knesset speech](#)—that expresses a state commitment to Israel, but it does not rest on a settled constitutional foundation. Anti-discrimination norms, by contrast, derive from enforceable constitutional and supranational guarantees. As [Christoph Schuch](#) argues, the Basic Law contains an indirect yet robust constitutional repudiation of antisemitism, one that extends to Israel-related forms where these impair the dignity or equal civic standing of Jews in Germany. Put differently, [anti-anti-semitism](#) has a stable constitutional home: it is grounded in rights of dignity and equality that indirectly but effectively prohibit antisemitic discrimination, even if their precise scope remains contested. *Staatsräson* may complement this structure, but it remains a political commitment whose legal implications are—and likely must remain—intrinsically ambiguous.

While *Staatsräson* as a moral-political doctrine and anti-discrimination as a constitutional duty are not, in principle, incompatible, their reconciliation in practice often produces a dynamic that pits [minorities against one another](#), redirecting political conflict away from the state and toward inter-minority competition, a dynamic that ultimately serves to stabilise the liberal order. The Regensburg judgment highlights this tension. The applicant was not denied citizenship for antisemitic conduct; rather, his political view was treated as incompatible with the state's asserted responsibility toward Israel. This risks turning naturalisation into a test of ideological affirmation, where the criteria are politically defined and unevenly applied. Such dynamics may disproportionately affect applicants racialised as Middle Eastern or Muslim, who are more readily assumed to hold suspect political views than other applicants.

Yet this logic is not unique to Germany. France requires adherence to the *valeurs de la République*, a standard used to [deny citizenship](#) to individuals whose political or religious views are deemed incompatible with *laïcité*. The [United States imposes an oath of](#)

loyalty and a “good moral character” requirement, long used to exclude applicants whose beliefs fall outside dominant constitutional narratives. Regensburg thus sits within a broader international pattern in which citizenship reflects more than legal status; it becomes a vehicle for defining, and enforcing, the boundaries of political belonging.

Munich: Antisemitism, Verfassungstreue, and the Boundaries of the Private Sphere

A contrasting dynamic appears in a third case from February 2025, decided by the Bavarian Higher Administrative Court in disciplinary proceedings against a Munich police officer who had served as the bodyguard to Charlotte Knobloch, the long-time leader of the Jewish community. Between 2014 and 2020, the officer had exchanged multiple WhatsApp messages—including “SH” and “HH” codes, an audio file imitating Hitler, and a comment suggesting Knobloch should be “vergast”—which the court described as beyond satire and indicative of a “deep-rooted antisemitic and contemptuous attitude.”

Despite these findings, the court held that there was no violation of the constitutional loyalty under § 33 (1) sentence 3 BeamStG of the duty by a career police official appointed as a lifetime civil servant under the Beamtenstatus, since 2013. Two reasons were central. First, the messages fell within what the court treated as the “private sphere of communication,” protected by freedom of expression (Art. 5 GG) and personality/privacy rights (Art. 2 (1) in conjunction with Art. 1 (1) GG). Second, although the statements were “objectively unconstitutional in content,” they did not, in the court’s view, establish a manifest intention to abandon the free democratic basic order. The threshold for constitutional disloyalty was therefore not met. The officer was demoted, rather than removed from service.

The case highlights a structural tension. Public servants have enhanced loyalty duties, particularly those tasked with protecting vulnerable groups, yet doctrines of privacy, confidentiality, and narrowly construed constitutional thresholds can shield even explicit antisemitic speech from the most serious disciplinary consequences. The decision suggests that

where antisemitism is relegated to the private sphere, the state’s broader commitments to combating antisemitism and safeguarding Jewish communal life may recede behind a more restrictive doctrinal framework—raising difficult questions about how far constitutional loyalty can reach, and what it is ultimately designed to protect.

The Fragile Grammar of Antisemitism in German Law

Before turning to the substantive analysis, it is important to restate that the doctrinal structures of *Arbeitsrecht* (labor law), *Beamtenrecht* (civil service law), and *Staatsangehörigkeitsrecht* (citizenship law) differ significantly in their legal foundations, purposes, and operative mechanisms. These differences necessarily shape both the applicable standards and the evidentiary logic of each field. With this caveat in mind, the following discussion proceeds not by comparing doctrines, but by treating the cases as analytically comparable in how they engage questions of legal membership, state power, and the boundaries of protected status.

Read in reverse, the cases bring their internal instabilities into sharper focus. In Munich, antisemitism was explicit, yet the court narrowly balanced the officer’s off-duty privacy against Knobloch’s safety. *Staatsräson* did not disappear altogether, but it receded: the court’s reading of the *freiheitlich-demokratische Grundordnung* left no room for anti-antisemitism or anti-racism as constitutional commitments. Instead, constitutional loyalty was pared down to its thinnest form—stripped of the protective ambitions the state rhetorically attaches to its relationship to Jewish life.

Regensburg offers the inverse configuration: precisely where antisemitism never appeared as a legal category, it structured the case indirectly. The Palestinian applicant was denied citizenship because his personal convictions did not align with Germany’s asserted special responsibility toward Israel. Here, *Staatsräson* framed the entire judgment.

When read alongside Mainz—where Anwar El Ghazi, a Dutch national of Moroccan descent, is also Muslim but already economically established and fully integrated into the European legal order—a different

pattern becomes visible. It is *possible* to read these decisions as suggesting that courts tend to extend the full protections of proportionality more readily to the already economically settled, institutionally embedded Muslim subject, while subjecting the aspiring Muslim citizen to heightened tests of ideological reliability. This is not a necessary or comprehensive conclusion, but an interpretive thread that the cases make available.

The contrast becomes even clearer when set against the Munich case, where the white, native-born civil servant—despite openly antisemitic conduct—benefited from the broadest interpretive generosity. Considered jointly, the cases do not form a simple racial or religious hierarchy. Rather, they suggest a more layered stratification shaped by integration status, economic utility, and institutional embeddedness—one that operates unevenly across the domains of labor, civil service, and citizenship law.

Yet this reading is not exhaustive. Some of the divergence may also stem from the distinct constitutional frameworks at play: Munich and Mainz turn on freedom of expression and proportionality, whereas Regensburg treats *Einbürgerung* as a special category in which *Staatsräson* is invoked in a manner closer to external state action—its traditional and historical domain, rooted not in Machiavelli but in early “reason of state” theorists such as Giovanni Botero and later German cameralist writers. Whether or not one accepts this doctrinal logic, it offers another way of understanding the distance between the judgments.

Still, even this contrast only partly explains the divergence. Another instability cuts through the cases: time. Knobloch’s case unfolded in a far more fractured public climate—marked by rising hostility toward Israel and a growing backlash against German Jewish representatives—raising the question of whether these shifts shaped what the court deemed legally relevant. El Ghazi’s case makes the point sharper still: he was dismissed within weeks of 7 October, amid broad sympathy for Israel, yet judged many months later, after that sympathy had thinned and the devastation in Gaza had escalated. The slow pace of legal bureaucracy thus becomes a factor of its own: courts decide

not only through doctrine but within political atmospheres that may have changed entirely by the time they rule.

Read together, the three cases do not support broad generalisations about judicial behaviour across German law; they arise in distinct doctrinal fields and respond to different legal questions. Yet one plausible reading of them suggests an emerging pattern: courts appear more willing to extend protections grounded in proportionality and neutrality to economically settled, institutionally embedded Muslim subjects, while subjecting aspiring Muslim citizens—particularly in naturalisation proceedings—to heightened tests of ideological reliability. This contrast is not definitive, but it highlights how legal context and institutional position shape the visibility and consequences of antisemitism in judicial reasoning.

Against this shifting backdrop—of stratified subjects, volatile political climates, and divergent legal categories—the question becomes unavoidable: what, in all of these decisions, is truly aimed at protecting Jews or Israelis—and, by implication, Arabs and Muslims whose cases become entangled in these logics—and what merely enlists them as symbolic anchors in Germany’s continuing project of national self-definition? The answer is sobering. Too often, the legal response to antisemitism reveals less about Jewish lives or the Middle East than about Germany itself—an asymmetry that is not only uncomfortable but dangerous, for it sidelines the presence, experience, and agency of Jews and other minorities both within and beyond Germany.

Stefan Kühl

Wenn der alte Wein besser schmeckt

Die vergessenen Einsichten einer Diskussion vor fünfzig Jahren zu Praxis-Checks in der Gesetzgebung

doi: 10.59704/5e6f7c372390fdea



Auch in dem [Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung](#) findet sich die Forderung nach „Praxis-Checks“ in der Gesetzesvorbereitung wieder. Jedes Bundesministerium würde pro Jahr „mehrere Praxischecks“ bei bestehenden Gesetzen durchführen, um Potentiale für einen Abbau von Bürokratie zu identifizieren (S. 61). Zudem sollen Praxis-Checks durchgeführt werden, bevor neue Gesetze verabschiedet werden. Insbesondere im Bereich der Sozial- oder Gesundheitspolitik soll dies dazu beitragen, unnötige Berichtspflichten und Datenschutzvorschriften zu vermeiden (S. 16 und S. 110).

Dabei scheinen die aktuellen Koalitionäre vergessen zu haben, dass bereits vor fünfzig Jahren Politik und Verwaltung intensiv diskutiert haben, ob Praxis-Checks in der Gesetzgebung eingeführt werden sollten. In der Endphase der sozialliberalen Koalition hatte der damalige Innenminister Gerhard Baum die Crème de la Crème der deutschen Staatsrechtler, Verwaltungswissenschaftler und Organisationssoziologen zu einer „Sachverständigenanhörung“ zu Ursachen der „Bürokratisierung in der öffentlichen Verwaltung“ zusammengezogen, die interessante Perspektiven zu Praxistauglichkeitstests erarbeitet haben, die heute aus dem Blick geraten sind. Dieser Beitrag versucht, zumindest drei Gedanken aus der damaligen Diskussion – zu möglichen Formen der Institutionalisierung von Praxis-Checks, zu deren ungewollten Nebenfolgen und zu den möglichen Ursachen ihres Scheiterns – zu bewahren.

Praxis-Checks in der heutigen Debatte

Mit der Ankündigung von regelmäßigen „Praxischecks“ wird den in ihrer Selbstverständlichkeit fast schon irritierend allgemeinen Aussagen zur „guten Gesetzgebung“ im Koalitionsvertrag zumindest die Suggestion einer Konkretisierung gegeben. Nicht wenige Beobachter haben sich darüber lustig gemacht, dass Plattitüden wie „Gesetze, Verordnungen und Regelungen, die nicht gemacht werden müssen, werden wir nicht machen“ oder „Erst der Inhalt, dann die Paragraphen“ Eingang in den Koalitionsvertrag gefunden haben. Zudem will die Bundesregierung Umsetzungswillen beim Abbau der Bürokratie zeigen: Sie spricht davon, dass „Betroffene sowie Vollzugsexperten“ mit „angemessenen Fristen“ in der Frühphase von Gesetzgebungsverfahren eingebunden werden sollen und in künftigen Gesetzesentwürfen „Organisationsstrukturen, Prozessabläufe und Wirkungsmodelle“ visualisiert werden sollen (S. 59).

Aber schon die unterschiedliche Schreibweise im Koalitionsvertrag – an einigen Stellen handelt es sich um „Praxischecks“, an anderen um „Praxis-Checks“ – zeigt, dass hier in aller Schnelle Überlegungen zum Bürokratieabbau zusammengeklaut wurden. Die plakative Formel „Erst der Inhalt, dann die Paragraphen“ – hinterlegt mit der Forderung nach einer „bildlichen Darstellung von Problemlagen, Wirkmechanismen und Vollzugsprozessen“ – stammt aus einer [Auftragsstudie der Beratungsfirma McKinsey für den Normenkontrollrat](#). Die Aussage im Koalitionsvertrag, dass Gesetzgebung „gründlich, integrativ und transparent“ zu sein hat, wurde eins zu eins aus einem

Positionspapier der „Initiative für einen handlungsfähigen Staat“ abgeschrieben.

Die vergessliche Politik

Dieses Zusammenstückeln von Koalitionsverträgen aus unterschiedlichen Versatzstücken ist schon allein aufgrund des Zeitdrucks erklärbar. Auffällig ist aber, wie in der Diskussion des Koalitionsvertrags – aber auch bei der Erstellung der vorgelagerten Gutachten und Positionspapiere – frühere Diskussionen in der bundesdeutschen Politik über die Wirkung von Praxis-Checks ignoriert wurden.

Das systematische Ausblenden früherer Initiativen und Analysen ist für die Politik an sich kein Problem. Ohne zu vergessen, wie frühere Bemühungen scheiterten, hätte man vermutlich auch nicht mehr die Kraft, um den politisch alten Wein in immer neuen Schläuchen anzubieten. Es hat aber doch auch eine gewisse Tragik, wenn alte Debatten übersehen werden. Denn diese waren sowohl in der Analyse der Probleme im Gesetzgebungsprozess als auch in der Abwägung der Formen der Umsetzung von Praxis-Checks weiter als die heutigen Diskussionen. In der aktuellen Diskussion über Praxis-Checks wird nicht nur alter Wein in neuen Schläuchen verkauft, sondern der Wein wurde dabei so verdünnt und gestreckt, dass man sich nach der Qualität des alten Weins zurücksehnt.

Schwachstellen im Gesetzgebungsprozess

Die Klage über die Probleme in der Gesetzgebung hat sich in den letzten fünfzig Jahren kaum verändert. Die Wirksamkeit eines Gesetzes, so die Klage schon damals, hänge maßgeblich davon ab, ob es für die nachgelagerten Vollzugsbehörden auch umsetzbar sei. Dafür reiche es nicht aus, so schon die Auffassung vor fünfzig Jahren, die Wirkung von Gesetzen nach ihrer Umsetzung auszuwerten. Bereits bei in der Entwicklung befindlichen Gesetzen sollte mithilfe von Praxis-

Checks ihre Wirksamkeit überprüft werden. Dafür müssten die Gesetzgeber auf Bundesebene intensiv mit den Landesbehörden zusammenarbeiten, die für die Umsetzung zuständig sind. Diese haben dann durch Nachfragen und Nachforschungen die Möglichkeit, mögliche Implementationsdefizite frühzeitig zu identifizieren.¹

Das Problem sei, dass weder Parteibükratien, Beratungsdienste der Parlamente noch Ministerialverwaltungen über ausreichend eigene Erfahrungen und praktische Kompetenz verfügen, um einschätzen zu können, wie sich Gesetze in der einen Kreisbehörde, Stadtverwaltung oder Gemeindeamt auswirken. Die Schwierigkeit werde, so die damalige Klage, die man auch heute fast in der gleichen Formulierung hört, dadurch verschärft, dass immer weniger Beamte in den für die Gesetzgebung zuständigen Referaten der Ministerien, den Zentralinstanzen des Kanzleramtes oder den wissenschaftlichen Beratungsdiensten des Bundestages Verwaltungserfahrung auf der Gemeinde-, Kreis- oder auch nur Landesebene gesammelt hätten.² Dieses Defizit müsste durch formal vorgeschriebene Praxis-Checks in Form von Explorationen und Erprobungen kompensiert werden.

Um sicherzustellen, dass diese Praxistests auch berücksichtigt würden, müssten sich die Referentenentwürfe aus den Ministerien explizit auf die Erprobungs- und Evaluierungsergebnisse der Praxis-Checks beziehen. Es sei, so die Forderung schon damals, ausdrücklich zu begründen, wie die Ergebnisse aus den Erprobungen in den nachgeordneten Behörden und Kommunalverwaltungen in die Gesetzesentwürfe eingeflossen seien oder warum sie keine Berücksichtigung gefunden hätten. Nur durch eine solche formale Verankerung im Prozess der Gesetzesvorbereitung könnte sichergestellt werden, dass den Praxis-Checks sowohl bei der Entwicklung neuer Gesetze als auch bei

¹ Siehe die Stellungnahme von Konrad Kruis in *Bundesminister des Innern* (Hrsg.): Sachverständigenanhörung zu Ursachen einer Bürokratisierung in der öffentlichen Verwaltung sowie zu ausgewählten Vorhaben zur Verbesserung der Verhältnisse von Bürger und Verwaltung am 19. und 20. Juni in Bonn. Teil A – Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen. Bonn 1980, S. 231. *Renate Mayntz*: Gesetzgebung und Bürokratisierung. Wissenschaftliche Auswertung der Anhörung zu Ursachen einer Bürokratisierung in der öffentlichen Verwaltung. Köln 1980, S. 96.

² Siehe dazu Rolf Wandhoff in der Sachverständigenanhörung beim *Bundesminister des Innern* (wie Anm. 1), S. 233.

der Auswertung bereits bestehender Gesetze entsprechendes Gewicht gegeben werde.³

Lektionen auf der Sachverständigenanhörung zu Praxis-Checks

Die ausgeprägte Vergesslichkeit in Bezug auf vergangene Verwaltungsreformbemühungen, darauf weist der Organisationsforscher Nils Brunsson immer wieder hin, ist hochgradig funktional.⁴ Woher sonst würden Experten in Reformkommissionen, Verhandler von Koalitionsverträgen oder Beamte auf Bürokratierückbaustellen ihre Begeisterung für die Einführung von Praxis-Checks nehmen? Die Auswechslung des Vokabulars in der aktuellen Diskussion – aus „Praxistest“ wird „Praxis-Check“, aus „Planspiel“ wird „Exploration“ und aus „Simulation“ wird „Erprobung“ – hilft dabei, die Erfahrungen aus der Vergangenheit mit ähnlicher Überlegenheit zur Kenntnis nehmen zu müssen.

Im Hinblick auf die Vorschläge aus der damaligen Sachverständigenanhörung lohnt sich eine archäologische Forschung in den Reformruinen der letzten Jahrzehnte, weil diese dabei hilft, einige zentrale Probleme der aktuellen Diskussion über die Einführung von Praxis-Checks in der Gesetzgebung zu vermeiden. Gerade die wissenschaftliche Auswertung der Anhörung durch die spätere Direktorin des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Renate Mayntz, ist aufschlussreich, weil diese zeigt, dass die Experten damals an einer Reihe von Punkten viel weiter waren, als es die heute zum Bürokratieabbau vorgebrachte monotone Forderung nach mehr Praxistauglichkeitstests in der Gesetzgebung vermuten lässt.⁵ Besonders drei Punkte lohnen sich dabei, hervorgehoben zu werden.

Erstens gab es in der Anhörung eine heute weitgehend ignorierte Debatte über geeignete Formen der Institutionalisierung von Praxis-Checks. Dabei wurden Möglichkeiten der prozeduralen Absicherung, der

organisationalen Verankerung und der personalen Expertise gegeneinander abgewogen. Es wurde dabei analysiert, wie auf der Ebene der Ministerialbürokratie Mechanismen etabliert werden können, um eine bessere Gesetzgebung zu erreichen – etwa in Form von vorgeschalteten Analysen, verpflichtenden Erprobungen, festgelegten Berichtspflichten und Ablauffristen für Gesetze. Auf Ebene der organisationalen Einbindung in die Kommunikations- und Entscheidungswege wurden die Vor- und Nachteile von wissenschaftlichen Kommissionen, Expertenbeiräten, speziellen Einheiten in den einzelnen Ministerien und von einem Kompetenzzentrum im Kanzleramt diskutiert. Unter Personalgesichtspunkten wurde diskutiert, ob es nicht neben Juristen auch Experten anderer Disziplinen bräuchte. Gäbe es die Möglichkeit, Juristen so weiterzubilden, dass sie explorieren können, wie bestimmte Regulationen in der Verwaltung wirken? Während sich die aktuelle Diskussion weitgehend auf Forderungen nach einem „Werkzeugkasten für bessere Gesetze“ – also „Wirksamkeitschecks“, „Digital-TÜV“ und „Gesetzgebungslaboren“ – beschränkte, zeigte die Diskussion vor fünfzig Jahren ein sehr genaues Verständnis dafür, wie Praxis-Checks konkret verankert werden könnten: Nämlich indem man sie fest in die Kommunikations- und Entscheidungsprozesse einbaut und die Personalstruktur so anpasst, dass die nötige fachliche Expertise auch personell abgebildet wird.

Zweitens herrschte in der Sachverständigenanhörung ein genaues Gespür für die ungewollten Nebenfolgen von Praxis-Checks. Praxisprüfungen in verschiedenen Kommunalverwaltungen und Beteiligung von Experten unterschiedlicher Fachrichtungen im Vorfeld können die Umsetzbarkeit eines Gesetzes erleichtern. Sie stellen aber gleichermaßen eine bürokratische Verkomplizierung dar, die das Verfahren zwangsläufig verlangsamt. So hat es eine gewisse Ironie, dass heute manchmal im gleichen Atemzug gefordert wird, Mitsprachemöglichkeiten in Genehmi-

³ Siehe dazu Hellmut Wollmann in der Sachverständigenanhörung beim *Bundesminister des Innern* (wie Anm. 1), S. 303.

⁴ Siehe nur beispielsweise *Nils Brunsson: The Irrationality of Action and Action Rationality: Decisions, Ideologies and Organizational Actions*. In: *Journal of Management Studies* 19 (1982), S. 29 – 44.

⁵ Renate Mayntz: *Gesetzgebung und Bürokratisierung. Wissenschaftliche Auswertung der Anhörung zu Ursachen einer Bürokratisierung in der öffentlichen Verwaltung*. Köln 1980.

gungsverfahren zugunsten schnellerer Verfahren einzuschränken und gleichzeitig aufwendige Praxis-Checks in der Gesetzgebung einzuführen. So wird von der Bundesregierung hervorgehoben, dass man ein „jetzt schon komplexes Gesetzgebungsverfahren“ nicht „mit weiteren Checks“ wie einem „Energiecheck“ oder einem „Sozialcheck“ belasten wolle. Gleichzeitig mahnt sie an vielen Stellen die Einführung von „Praxischecks“ an (so die [Initiative für einen handlungsfähigen Staat](#), S. 110). Die Diskussion vor fünfzig Jahren hat gezeigt, dass verpflichtende Praxis-Checks durchaus organisational und prozessual in den Ministerien verankert werden können, dann aber auch eingepreist werden muss, dass sich der Gesetzgebungsprozess weiter verlängert.

Drittens wurde damals herausgearbeitet, dass die Durchführung von Praxis-Checks nicht bedeutet, dass die Ergebnisse auch tatsächlich im Gesetzgebungsverfahren beachtet werden. Bei einem Pilotprojekt in Stuttgart vor fünfzig Jahren zeigte ein Praxis-Check, dass die von der Stadt geplante Reform des Baustatistikgesetzes den Verwaltungsaufwand versiebenfachen würde. Die Ergebnisse des Praxis-Checks wurden dann aber in den Parlamentsberatungen nicht beachtet, weil vermutet wurde, dass mit diesen Erkenntnissen die Intentionen der Gesetzgeberinitiative unterlaufen werden sollten.⁶ Es sei naiv, so schon die damalige Erkenntnis, zu glauben, dass Evaluierungen, Praxis-Checks und Reallabore allein durch ihre Resultate eine Wirkmacht entwickelten. Sie werden vielmehr in den Auseinandersetzungsprozessen eines Gesetzgebungsverfahrens als Argument genutzt, wenn sie in die eigene politische Agenda passen.⁷

Mikropolitik im Praxis-Check

In der Politik gibt es die je nach Geschmack dem Philosophen Nicolas Chamfort, dem Dichter John Godfrey Saxe, dem Politikwissenschaftler Claudius O. Johnson oder Reichskanzler Otto von Bismarck zugeschriebene Aussage, dass Gesetze wie Würste seien – man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden. Mit

diesem Spruch wird darauf hingewiesen, dass ein Gesetz nicht das Resultat eines an Rationalitätskriterien orientierten Suchprozesses, sondern eines durch Interessensgegensätze, Stimmungsschwankungen und Zufälle geprägten Aushandlungsverfahrens ist. Das spricht nicht gegen die Einführung von Praxis-Checks, in denen überprüft wird, wie gut sich Gesetze in digitalisierten Verwaltungsverfahren umsetzen lassen. Aber sie werden nur Erfolg haben, so schon die damalige Einschätzung bei der Sachverständigenanhörung, wenn man ein Gespür dafür hat, wie diese strategisch in den mikropolitischen Spielen des Gesetzgebungsverfahrens eingesetzt werden.

⁶ Siehe dazu Kruis in der Sachverständigenanhörung beim *Bundesminister des Innern* (wie Anm. 1), S. 166.

⁷ Siehe dazu auch die frühen Forschungen von *Hans-Ulrich Derlien*: *Die Erfolgskontrolle staatlicher Planung*. Baden-Baden 1976.

Senol Becirovski

Zwischen Symbol und Status

Die Anerkennung Palästinas und ihre (aufenthalts-)rechtlichen Folgen für in Deutschland lebende Palästinenser:innen

doi: 10.59704/7666ec28f4a82b2c



Nach Monaten verheerender Gewalt im Gazastreifen erkennen nun mehrere westliche Staaten Palästina als Staat an, unter anderem Frankreich, Portugal oder Kanada. Die deutsche Bundesregierung spricht sich nach wie vor gegen diesen außenpolitischen Schritt aus, da sie ihn erst am „Ende“ einer Zweistaatenlösung sieht. Gerade in Deutschland, wo mit über 200.000 Angehörigen [die größte palästinensische Diaspora in Europa](#) lebt, wirft eine mögliche Anerkennung aber auch aufenthaltsrechtliche Fragen auf. Sie wäre politisch vor allem symbolisch, würde aber nicht die rechtlichen Probleme der palästinensischen Diaspora lösen – sondern diese möglicherweise sogar verschärfen.

Nicht einmal staatenlos

Weil Deutschland Palästina bislang nicht anerkennt, werden palästinensische Volkszugehörige von deutschen (Ausländer-)Behörden als [Staatenlose i.S.d. Staatenlosenübereinkommen von 1954](#) (StaatenlÜBK 1954) angesehen und genießen damit besondere Schutzrechte. Doch wer „palästinensisch“ ist, ist unklar: Zum einen besteht bis heute kein einheitlich geregeltes palästinensisches Staatsangehörigkeitsrecht, das definiert, wer Staatsangehörige:r ist und wer nicht. Zum anderen sind nur die wenigsten der in Deutschland lebenden palästinensischen Volkszugehörigen in den letzten Jahren direkt aus Gaza oder dem Westjordanland nach Deutschland geflohen. Viele von ihnen gehören bereits zur dritten Generation von Geflüchteten seit der [Nakba](#). Die überwiegende Mehrheit ist somit gar nicht in den Autonomiegebieten des Westjordanlands oder Gaza geboren, geschweige denn aufgewachsen, sondern in einem der anliegenden

Aufnahmestaaten. Daher gelten diese Personen in Deutschland nur als Palästinenser:innen und folglich als Staatenlose, soweit sie (1) palästinensisch sind und (2) nicht eine andere Staatsangehörigkeit erworben haben.

Die palästinensische Volkszugehörigkeit müssen die Betroffenen aufgrund ihrer Mitwirkungspflichten (vgl. u.a. § 15 AsylG; § 82 AufenthG) selbst nachweisen. Ob sie hingegen eine weitere Staatsangehörigkeit (also meist aus einem der Aufnahmestaaten) erworben haben, müssen die Ausländerbehörden im Rahmen einer Einzelfallprüfung feststellen. Diese Prüfung ist komplex: In den verschiedenen arabischen Aufnahmestaaten haben sich über die Jahre Statuskategorien entwickelt, die sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.

Wie beweise ich, dass ich palästinensisch bin?

Um grundsätzlich seine Staatsangehörigkeit in einem aufenthaltsrechtlichen Verfahren nachzuweisen, ist der üblichste Weg, einen anerkannten Reisepass vorzulegen. Gemäß den [Osloer Übereinkünften aus den 1990er-Jahren](#) können sich aber lediglich Menschen, die in den palästinensischen Autonomiegebieten gelebt haben, einen [palästinensischen Reisepass](#) ausstellen lassen. Die Beantragung ist auch aus Deutschland über Stellvertreter:innen vor Ort möglich (sog. Proxy-Pässe); aktuell wohl aber nur theoretisch. Eine Einschränkung besteht nach der [Allgemeinverfügung des BMI über die Anerkennung eines ausländischen Passes oder Passersatzes vom 13. Oktober 2022](#) jedoch dahingehend, dass nur palästinensische (Proxy-)Pässe, deren Identitätsnummern mit [den Ziffern 4, 8 oder 9 beginnen](#), anerkannt und somit zur

Erfüllung der Passpflicht gemäß § 3 Abs. 1 AufenthG bzw. zur Identitätsklärung im Allgemeinen geeignet sind. Denn lediglich diese Ziffern bescheinigen, dass die Person auch tatsächlich im Autonomiegebiet gelebt hat.

Für Geflüchtete, die aus einem anderen Staat nach Deutschland gekommen sind, ist die Lage noch komplizierter: Die Staaten der Arabischen Liga – unter anderem Jordanien, Ägypten, Syrien und der Libanon – haben sich im [Casablanca-Protokoll von 1965](#) darauf verständigt, palästinensischen Geflüchteten nicht ihre jeweiligen Staatsangehörigkeiten zu verleihen, um damit das Recht auf Rückkehr des palästinensischen Volkes zu stärken. Seit Verabschiedung dieses Protokolls sind einige Staaten jedoch von dieser Praxis abgewichen, sodass die Palästinenser:innen in den arabischen Ländern unterschiedlich geschützt sind. Vor allem im Falle von palästinensischen Volkszugehörigen aus Syrien und dem Libanon geht das Bundesinnenministerium (BMI) davon aus, dass sie staatenlos sind, sofern sie gewisse [Dokumente](#) vorlegen können und keine Zweifel an deren Echtheit bestehen. Zu den Dokumenten zählen u.a. ein syrischer bzw. libanesischer Reiseausweis für Palästinenser:innen, eine Registrierungsnummer des Hilfswerks der Vereinten Nationen für Palästina-Flüchtlinge im Nahen Osten (UNRWA), ein Familienregistrauszug aus Syrien oder dem Libanon, Geburtsurkunden und eine Bestätigung der Palästinensischen Mission Berlin über die Volkszugehörigkeit – Unterlagen, die bei Flucht und Vertreibung oft nicht verfügbar sind.

Die rechtliche Relevanz des UNRWA

Bei dem Schutz palästinensischer Geflüchteter spielt auch das Hilfswerk der Vereinten Nationen für Palästina-Flüchtlinge im Nahen Osten (UNRWA) eine bedeutende Rolle: Als 1954 die Vereinten Nationen das Staatenlosenübereinkommen schufen, räumten sie palästinensischen Geflüchteten eine besondere rechtliche Stellung ein. Gemäß Art. 1 Nr. 2 Var. 1 StaatenlÜBK – der Art. 1D der Genfer Flüchtlingskonvention nachgebildet ist – fallen sie nicht unter den Anwendungsbereich des Staatenlosenübereinkommens,

soweit – und das ist der entscheidende Punkt – sie bereits Schutz oder Beistand eines Hilfswerks genießen (in diesem Falle des UNRWA). Das BMI erkennt eine Versagung dieses Schutzes bisher jedoch nur für die Operationsgebiete in Syrien und dem Libanon an. Allerdings ist die Funktionsfähigkeit des UNRWA seit dem Überfall der Hamas in allen Einsatzgebieten mehr als nur zweifelhaft.¹

Insbesondere die Situation von palästinensischen Geflüchteten aus Jordanien ist prekär: Jordanien unterscheidet historisch bedingt zwischen [fünf \(!\) verschiedenen Kategorien von Aufenthaltstiteln](#), die in den letzten 50 Jahren ausgestellt wurden. Hiervon ist, soweit ersichtlich, kein einziger in Deutschland [anerkannt](#), was wiederum eine Anerkennung als Palästinenser:in nahezu vollständig ausschließt. Damit drängt sich in diesen Fällen die Frage auf, in welche aufenthaltsrechtliche Kategorie Betroffene dann fallen.

Der „Arbeitsbegriff der ungeklärten Staatsangehörigkeit“

Gelingt der Nachweis der palästinensischen Volkszugehörigkeit nicht, wird hierzulande in der Regel eine „ungeklärte Staatsangehörigkeit“ attestiert. Dabei handelt es sich um einen vom BAMF nur für die „vorübergehende“ Verwendung geeigneten Arbeitsbegriff, der [voraussetzt](#), „dass weder die Staatsangehörigkeit noch das Herkunftsland des Antragstellers bestimmt werden können und nicht vom Fall einer nachgewiesenen Staatenlosigkeit auszugehen ist.“ Wie flexibel dabei einige Ausländerbehörden den Begriff „vorübergehend“ verstehen, zeigt die Lebensrealität vieler Betroffener, die teilweise [mehrere Jahrzehnte](#) mit diesem „Arbeitsbegriff“ leben müssen.

Vor allem bei Geflüchteten aus Jordanien wird hierdurch die prekäre Ausgangslage verschärft: Mangels anerkannter Ausweisdokumente können sie rechtlich überhaupt nicht nachweisen, dass sie palästinensisch sind. So fallen sie aus allen denkbaren Schutzkategorien heraus und bleiben in einer prekären

¹ Lesenswert dazu Al-Ali, „Flüchtlingsschutz für Palästinenser*innen“, InfAuslR (1) 2025, 7 ff.

rechtlichen Situation, aus der es momentan keinen (legalen) Ausweg gibt.

Anerkennung „Made in Germany“ - und dann?

Würde die Bundesrepublik nun den Staat Palästina anerkennen, käme das den Menschen hier, zumindest aktuell, nicht unbedingt zugute – einigen könnte es sogar schaden.

Das liegt insbesondere daran, dass die völkerrechtliche Anerkennung eines Staates zwar Voraussetzung für die Respektierung seines Staatsangehörigkeitsrechts ist.² Ob eine Person aber tatsächlich die palästinensische Staatsangehörigkeit besitzt, würde sich nach der völkerrechtlichen Anerkennung grundsätzlich allein nach palästinensischem Recht bestimmen. Da bislang jedoch kein konsistentes palästinensisches Staatsangehörigkeitsrecht – geschweige denn ein funktionsfähiger palästinensischer Staat – existiert, würde Deutschland nicht automatisch auch eine palästinensische Staatsangehörigkeit anerkennen (können). Durch die völkerrechtliche Anerkennung würden sich die benötigten Nachweise über die Volkszugehörigkeit also nicht ändern. Die völkerrechtliche Anerkennung eines Staates ist somit notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung dafür, dessen Staatsangehörigkeitsrecht zu respektieren.

Für die Betroffenen bedeutet diese Ausgangslage Folgendes: Denjenigen, denen schon heute der Nachweis der Volkszugehörigkeit nicht gelingt, wäre auch mit einer völkerrechtlichen Anerkennung Palästinas in den hiesigen aufenthaltsrechtlichen Verfahren nicht geholfen, da die eigentliche Hürde nicht die fehlende Anerkennung ihres Heimatstaates ist, sondern die – im Zweifel unveränderten – Nachweisanforderungen an ihre palästinensische Volkszugehörigkeit. Ihre Situation würde sich somit unmittelbar weder positiv noch negativ verändern, vielmehr „gleich schlecht“ bleiben.

Wer aber hingegen seine Zugehörigkeit belegen kann, dem droht eine rechtliche Schutzlücke: Wer als staatenlos anerkannt wird, bestimmt nämlich stets der

Staat des Aufenthalts. Die bisher anerkannt staatenlosen Palästinenser:innen – man spricht auch von „*de iure* Staatenlosen“ – könnten durch ihre neue Zugehörigkeit den besonderen Schutzstatus und damit einhergehend ihre Rechte aus dem StaatenlÜBK verlieren.³ Zu diesen besonderen Rechten zählen unter anderem das Ausweisungsverbot aus Art. 31 Nr.1 oder der erleichterte Zugang zur Einbürgerung nach Art. 32 StaatenlÜBK. Gerade Letzteres stellt für viele die einzig realistische Perspektive auf eine rechtlich gesicherte Zukunft dar.

Zugleich existiert noch kein funktionierendes palästinensisches Staatswesen, das im Zweifelsfall für diplomatischen Schutz sorgen könnte. Im Ergebnis droht somit eine Degradierung zu sogenannten „*de facto* Staatenlosen“⁴ – also Personen, die völkerrechtlich zwar einem Staat angehören, faktisch jedoch keinerlei staatsbürgerliche Rechte genießen.

So wichtig die Anerkennung damit symbolisch auch wäre, könnte sie einen erheblichen Verlust rechtlichen Schutzes bedeuten.

Was tun?

Im Falle einer Anerkennung wäre es zunächst notwendig, Palästinenser:innen rechtlich weiterhin als Staatenlose zu behandeln, solange kein funktionierendes Staatswesen besteht. Dies entspricht den Maßstäben des Bundesverwaltungsgerichts: In seiner Rechtsprechung zum ehemaligen § 25 RuStAG verlangte das Gericht für den Verlust der deutschen Staatsbürgerschaft infolge des Erwerbs einer anderen, dass eine ausländische Staatsangehörigkeit in Effektivität, Sicherheit und Dauerhaftigkeit der deutschen vergleichbar sein muss (Urteil vom 28.09.1993 – 1 C 25/92). Fehlt es hieran, etwa weil kein funktionsfähiges Staatsangehörigkeitsrecht und keine verlässliche staatliche Autorität existieren, liegt keine der deutschen in ihren Wirkungen vergleichbare Staatsangehörigkeit vor. Überträgt man diese Maßstäbe, wäre bei palästinensischen Geflüchteten, denen der Nachweis

² Vgl. Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 1962, S. 177 ff.

³ Nach herrschender Ansicht werden nur rechtlich anerkannte Staatenlose (*de iure*) von der Definition des Art. 1 Abs.1 StaatenlÜBK umfasst, vgl. dazu Hailbronner, Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Aufl. 2022, Teil I. F. Rn. 402.

⁴ Mehr zur Entwicklung dieses Begriffs bei Hugh Massey, UNHCR and De Facto Statelessness, LPPR/2010/01, April 2010.

der Zugehörigkeit gelingt, in Deutschland aufenthaltsrechtlich weiterhin Staatenlosigkeit anzunehmen – so lange, wie die palästinensische Staatsangehörigkeit nicht vergleichbar ist.

Um die Situation aller Betroffenen auch nachhaltig zu verbessern, muss Deutschland die statusrechtliche Situation der Geflüchteten in den umliegenden arabischen Staaten klären – insbesondere, welche aufenthaltsrechtlichen Kategorien und Aufenthaltstitel in den Aufnahmestaaten bestehen. Entsprechend sollte das BMI deutlich mehr identitätsbestätigende Dokumente anerkennen, etwa die unterschiedlichen Aufenthaltstitel aus Jordanien oder [Passersatzdokumente speziell für Geflüchtete aus Palästina](#), die andere Länder (u.a. [Ägypten](#)) ausstellen. Damit würde die Bundesrepublik auch den Maßstäben des UN-Menschenrechtsausschusses aus dem Fall [Zhao/The Netherlands](#) (2020, Rn. 10) gerecht werden, wonach Staaten verpflichtet seien, die praktische Zugänglichkeit von Staatsangehörigkeitsrechten zu berücksichtigen. Auf diese Weise ließen sich Schutzlücken schließen und verhindern, dass Rechte allein an der faktischen Unerreichbarkeit offizieller Dokumente scheitern.

Darüber hinaus ist es längst überfällig, dem UNRWA in allen Operationsgebieten eine fehlende Funktions- und Schutzfähigkeit zu attestieren. So würde die Bereichsausnahme des Staatenlosenüberkommens nicht mehr greifen und deutlich mehr Personen als Staatenlose anerkannt. Schon vor dem 7. Oktober 2023 war das Hilfswerk [chronisch unterfinanziert](#); seit den Terroranschuldigungen gegen einzelne Mitarbeitende und der teilweisen Aussetzung von Geberzahlungen – zuletzt auch durch Deutschland – gerät die Organisation zunehmend unter Druck. Dass Deutschland in der Vorabstimmung einer Mandatsverlängerung nicht zugestimmt und Außenminister Wadephul betont hat, dies nur unter Nachweis „[konsequenter und überprüfbarer Reformen](#)“ zu tun, bescheinigt zudem, dass die Bundesregierung selbst die Schutz- und Funktionsfähigkeit von UNRWA stark anzweifelt.

Alternativ ist es denkbar, die Staatenlosen aus Palästina als Flüchtlinge anzuerkennen. Dann würden

diese die wesentlich besser ausgestalteten Schutzrechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention genießen. Jedoch könnte dieser Schritt nur in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren weiterhelfen; spätestens bei einer möglichen Einbürgerung wären die Betroffenen wieder dem Nachweischaos ausgesetzt. Denn das Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) kennt keine dem § 5 Abs. 3 S.1, 2 AufenthG vergleichbare Norm, sodass bei der Einbürgerung nicht von einer geklärten Identität und Staatsangehörigkeit abgesehen werden kann.

Letztlich lässt sich das bestehende Chaos um Nachweise über die Volkszugehörigkeit nur mit einer Kombination dieser Maßnahmen beseitigen. Eine echte Anerkennung Palästinas läge daher weniger in einer symbolisch-politischen Erklärung, sondern in der rechtlichen Absicherung von Menschen, die ihren Heimatstaat längst verloren haben.

Sarah Geiger

Verfassungsfeinde auch im Vorbereitungsdienst

Ungerechtfertigte Sonderbehandlung von Rechtsreferendar*innen bei der hamburgischen Regelanfrage

doi: 10.59704/ca191f97cedb9230



Rechtsreferendar*innen müssen die freiheitliche Verfassung achten, das steht außer Frage. Doch die Verwaltungsgerichte legen an die Verfassungstreue von Referendar*innen unterschiedliche Maßstäbe an. So entschied jüngst das OVG Sachsen, dass ein rechter Aktivist – trotz seiner rechtsextremen Vergangenheit – den juristischen Vorbereitungsdienst in Sachsen antreten darf, nachdem er in Rheinland-Pfalz gescheitert war. Nun will Hamburg vor der Einstellung in den öffentlichen Dienst eine Regelanfrage beim Landesverfassungsschutz einführen – allerdings nicht für Rechtsreferendar*innen. Diese Sonderbehandlung ist weder mit dem Regelungsziel des hamburgischen Gesetzentwurfs vereinbar noch verfassungsrechtlich geboten. Statt Klarheit zu schaffen, schreibt das Gesetz Widersprüche fest – ausgerechnet im Namen der wehrhaften Demokratie.

Uneinheitliche Verwaltungsrechtsprechung zur Verfassungstreue

In letzter Zeit häufen sich die Entscheidungen zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst. Die Maßstäbe fallen dabei jedoch unterschiedlich aus. Der Sächsische VerFGH meint, die Zulassung zum Rechtsreferendariat sei aufgrund der grundrechtlichen Ausbildungs- und Berufswahlfreiheit am Maßstab von § 7 Nr. 6 BRAO zu messen und könne daher nur bei einem strafbaren Bekämpfen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (fdGO) versagt werden (Vf. 95-IV-21, kritisch dazu [hier](#)). Die fdGO umfasst die „zentralen Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“,

mithin die Garantie der Menschenwürde sowie das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 144, 20, dritter Leitsatz). Als das OVG Bautzen den Freistaat Sachsen verpflichtete, den rechten Aktivisten in das öffentlich-rechtliche [Ausbildungsverhältnis](#) aufzunehmen (2 B 267/25, dazu [hier](#)), meldete das OVG Zweifel an dieser Rechtsprechung des Sächsischen VerFGH an – und legte diese dennoch seiner Entscheidung zugrunde (Rn. 14).

Anders als der Sächsische VerFGH sieht das auch das BVerwG: Im Oktober 2024 hatte das Gericht über die bayerische Rechtsprechung zu entscheiden, die für die Zulassung zum Vorbereitungsdienst an die beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht anknüpft (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 BaySiGjurVD analog und § 46 Abs. 6 Nr. 2 BayJAPO). In seinem Urteil stellte das BVerwG fest, dass Rechtsreferendar*innen außerhalb eines Beamtenverhältnisses „Mindestanforderungen an eine Verfassungstreuepflicht“ erfüllen müssen. Diese gelten für alle Tätigkeiten im öffentlichen Dienst. Bewerber*innen seien für den juristischen Vorbereitungsdienst ungeeignet, wenn sie sich aktiv gegen die fdGO betätigen (Rn. 37 ff.). Auf ein strafbares Handeln komme es danach nicht an. Mindestanforderungen an die Verfassungstreue folgten unmittelbar aus der Verfassung (Rn. 45). Die BRAO könne nicht die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst reglementieren, vielmehr unterstelle sie die Anwaltszulassung den Anforderungen des Deutschen Richtergesetzes (Rn. 46, § 4 S. 1 Nr. 1 BRAO). Das Deutsche Richtergesetz verlangt wiederum, dass der Vorbereitungsdienst absolviert wurde (§ 5 Abs. 1 DRiG).

Auch das [OVG Berlin-Brandenburg](#) nimmt an, dass zwingendes Verfassungsrecht die Aufnahme derer in den juristischen Vorbereitungsdienst verbietet, die die Verfassungsordnung beeinträchtigen oder beseitigen wollen (Rn. 14 ff.), und verlangt keine strafrechtliche Verurteilung. Das OVG Bln-Bbg wendet dabei die beamtenrechtlichen Anforderungen „entsprechend“ an, auf die auch das brandenburgische JAG verweist (Rn. 14).

Der Bezug auf beamtenrechtliche Vorschriften ist für das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis aber gerade nicht notwendig, soweit das Grundgesetz selbst Grund und Grenzen der Verfassungstreue von Rechtsreferendar*innen vorgibt. Dies sieht auch das [OVG Koblenz](#) so (S. 5 ff.).

Vor wenigen Tagen hat nun auch der Thüringer Verfassungsgerichtshof [entschieden](#), dass es zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gerechtfertigt ist, Bewerber*innen, die sich gegen die fdGO betätigen, die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst zu versagen. Gegenstand des von der AfD-Fraktion angestregten abstrakten Normenkontrollverfahrens war § 8 Abs. 1 Nr. 3 Thüringer Juristenausbildungsgesetz, wonach die Zulassung zum Vorbereitungsdienst denjenigen zu versagen ist, die gegen die fdGO tätig sind. Der Thüringer Verfassungsgerichtshof hat in seinem Urteil unter anderem klargestellt, dass – allein vorwerfbares – „Tätigsein“ jedes zurechenbare, nach außen erkennbare und von einem Willensentschluss getragene Tun ist (S. 22).

Auch wenn die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung unterschiedliche Maßstäbe anlegt, ist eindeutig: Der Schutz des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates endet nicht vor Rechtsreferendar*innen. Selbst die nur vorübergehende Aufnahme in den öffentlichen Dienst steht unter dem Vorbehalt, dass die Referendar*innen den Staat nicht von innen heraus bekämpfen.

Schutz der fdGO durch die hamburgische Regelanfrage

Auch die geplante hamburgische Regelanfrage will den öffentlichen Dienst vor sogenannten Verfassungsfeinden schützen. Hierzu hat die Landesregierung – der Hamburgische Senat – ein „[Gesetz zum Schutz des](#)

[öffentlichen Dienstes vor verfassungsfeindlichen Einflüssen](#)“ vorgelegt. Danach soll die Dienstbehörde Erkenntnisse des Landesamts für Verfassungsschutz heranziehen können, um die Verfassungstreue zu prüfen, bevor eine Person in den hamburgischen öffentlichen Dienst eingestellt wird. Regelungszweck ist ausdrücklich der Schutz der fdGO.

Die Regelanfrage ist grundsätzlich geeignet, sicherzustellen, dass niemand in den öffentlichen Dienst gelangt, der die fdGO bekämpft. Denn es gehört zum Aufgabenbereich der Verfassungsschutzbehörden, personenbezogene Informationen zu sammeln über Bestrebungen, die „gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind“ (§ 3 BVerfSchG). Im Folgenden gehe ich weder auf begriffliche und verfahrensbezogene Schwachstellen des Gesetzentwurfs ein noch auf Fragen der Angemessenheit. Vorliegend konzentriere ich mich einzig darauf, dass der Hamburgische Senat Rechtsreferendar*innen vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausschließen will. Dies widerspricht dem genannten Regelungszweck, insbesondere weil der Senat die Justiz als besonders schützenswerten Bereich einordnet.

Zugutehalten kann man der Neuregelung, dass sie kategoriale Differenziertheit schafft, indem sie „besonders schützenswerter öffentlicher Bereiche“ definiert. In diesen besteht „auf Grund der Eingriffsbefugnisse oder auf Grund von institutionellen Eingliederungsverhältnissen in besonderem Maße die Möglichkeit [...], verfassungsfeindliche Ziele zu verwirklichen“ (S. 7). Dazu gehören u. a. sicherheitsrelevante Aufgaben der Strafverfolgung und der Justiz. Laut vom Senat mitgelieferten Verordnungsentwurf (S. 20 f.) umfasst das konkret die Gerichte und die Staatsanwaltschaft. Rechtsreferendar*innen werden also in Bereichen ausgebildet, die der Senat für besonders schützenswert hält.

Überprüfung von kurzfristig eingestellten Personen

Die geplante Regelanfrage greift, bevor die Freie und Hansestadt Hamburg einen Ausbildungsvertrag oder einen befristeten Arbeitsvertrag schließt. Auszubildende, Unterrichtstutor*innen sowie studentische

Hilfskräfte müssen sich daher regelmäßig auf ihre Verfassungstreue überprüfen lassen, auch wenn ihre Einstellung in den öffentlichen Dienst – wie bei Rechtsreferendar*innen – nicht dauerhaft ist.

Das geplante Gesetz zielt also auf einen sehr hohen Schutz staatlicher Einrichtungen, indem es – auch bei einer nur vorübergehenden Beschäftigung – eine Zugangshürde zum öffentlichen Dienst einrichtet. Dennoch schließt der Senat Rechtsreferendar*innen von der Regelanfrage ausdrücklich aus. Er begründet dies damit, dass sich nur wenige Rechtsreferendar*innen später für eine berufliche Tätigkeit im öffentlichen Dienst entscheiden würden (S. 4 f.). Das mag richtig sein, allerdings rechtfertigt dies nicht, sie von der Regelanfrage auszunehmen. Auch eine Juristenausbildungsordnung „steht unausgesprochen innerhalb des umfassenden Normkomplexes des öffentlichen Dienstrechts“, wie das BVerfG festgestellt hat (BVerfGE 46, 43, zweiter Leitsatz). Die Bereichsausnahme widerspricht nicht nur den expliziten gesetzgeberischen Zielen, sondern ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten.

Justiz als besonders schützenswerter Bereich

Der Hamburgische Senat erkennt, dass Rechtsreferendar*innen Mindestanforderungen an die Verfassungstreue erfüllen müssen und sich nicht aktiv gegen Grundwerte der Verfassung betätigen dürfen (S. 4 f.). Warum aber gerade die aktive Betätigung gegen die fdGO nicht per Regelanfrage überprüft werden soll, erschließt sich nicht.

Von Beamt*innen kann verlangt werden, sich im Rahmen ihrer Treuepflicht aktiv zu der freiheitlichen Verfassung zu bekennen und für diese einzutreten (BVerfGE 39, 334, Rn. 49). Bei Rechtsreferendar*innen geht es hingegen nicht darum, ihnen den Schutz der Verfassung aufzuerlegen. Die von ihnen geforderte Verfassungstreue dient vielmehr dazu, die fdGO vor ihnen zu schützen. Genau diesen Zweck verfolgt auch die Regelanfrage: Sie soll verhindern, dass „verfassungsfeindlich“ handelnde Personen in den öffentlichen Dienst gelangen – selbst wenn das Anstellungsverhältnis nur befristet ist.

Insofern ist es mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar, das Rechtsreferendariat als zeitlich begrenztes öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis von der Regelanfrage auszunehmen. Anders als etwa Auszubildende in der allgemeinen behördlichen Verwaltung dürfen Rechtsreferendar*innen sogar an der staatlichen Rechtspflege teilhaben (vgl. auch BVerwGE 183, 207, Rn. 43). Zudem betrifft die Ausbildung bei Gericht und Staatsanwaltschaft Bereiche, die laut Hamburgischem Senat besonders vor verfassungsfeindlichen Einflüssen zu schützen sind.

Das gilt sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis. Nach außen werden Rechtsreferendar*innen teils – man denke an die Sitzungsververtretung bei der Staatsanwaltschaft – als Repräsentant*innen des Staates wahrgenommen. Aus Laienperspektive macht es dabei keinen Unterschied, ob die Justiz durch einen Rechtsreferendar oder regulären Vertreter der Staatsanwaltschaft handelt. Eine funktionsfähige Rechtspflege impliziert, dass gesellschaftliches Vertrauen in die Justiz insgesamt existiert (BVerfGE 153, 1, Rn. 91).

Im Innenverhältnis gilt, was das BVerfG in einem vielzitierten Satz annimmt: Der Staat braucht „seine Hand nicht dazu leih[en], diejenigen auszubilden, die auf die Zerstörung der Verfassungsordnung ausgehen“ (BVerfGE 46, 43, Rn. 39). Laut dem Hamburgischen Juristenausbildungsgesetz sind Rechtsreferendar*innen öffentliche Aufgaben in eigenverantwortlicher Tätigkeit zu übertragen (§ 38 HmbJAG). Sie entwerfen nicht nur Urteile und Anklageschriften, sondern lernen auch Abläufe, die Fragilitäten des Justizsystems offenlegen können. Bloß darauf zu verweisen, dass die inhaltliche Verantwortung letztlich bei den Auszubildenden liege, würde verkennen, dass sich die Verfassung nicht effektiv durch Verantwortungsketten schützen lässt. Zu Ende gedacht ließe sich sonst von keiner einzigen Person im Ausbildungsverhältnis Verfassungstreue verlangen – genau das aber tut der hamburgische Gesetzentwurf.

Schranken der Berufswahl- und Ausbildungsfreiheit von Rechtsreferendar*innen

Schließlich rechtfertigt auch nicht die Berufsfreiheit der Rechtsreferendar*innen aus Art. 12 Abs. 1 GG, sie

von der Regelanfrage auszunehmen. Die Mindestanforderungen der Verfassungstreue dürfen als Eignungsvoraussetzung (§ 36 Abs. 2 S. 1 HmbJAG) den Zugang zum Vorbereitungsdienst begrenzen. Insoweit stellte das BVerfG bereits 1977 klar, dass die „Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes“ sowohl die personellen Grenzen des Vorbereitungsdienstes als auch die Schranken von Art. 12 GG zeichnen (BVerfGE 46, 43, Rn. 39). Dabei zählt die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu den Grundbedingungen des Rechtsstaats (BVerfGE 153, 1, Rn. 91). Sie ist eine verfassungsimmanente Grundrechtsschranke.

Im **Extremistenbeschluss** von 1975 betonte der Zweite Senat zudem, dass Rechtsreferendar*innen, die sich verfassungsfeindlich betätigen, fristlos aus dem Vorbereitungsdienst entfernt werden können (Rn. 122). Weniger bekannt ist, dass derselbe Senat zwei Jahre später auch zur Bewerbungsphase entschied: Er stellte klar, dass es sich verfassungsrechtlich verbietet, Bewerber*innen in die Ausbildung zu übernehmen, die darauf ausgehen, die fdGO zu beeinträchtigen oder zu beseitigen (BVerfGE 46, 43). Auch wenn die damals überprüfte Hamburgische Juristenausbildungsordnung ein solches Einstellungshindernis nicht ausdrücklich nannte, so stand ihr Wortlaut dem nicht entgegen. Verfassungsrechtliche „Mindestanforderungen“ zum Schutz der fdGO galten damals wie heute und ermöglichen es den Ausbildungsstellen, Bewerber*innen abzulehnen, die die fdGO bekämpfen (BVerfGE 46, 43, Rn. 41 ff.).

Die Ausbildungsbehörden sind ihrerseits dem Schutz der Verfassung verpflichtet. Dazu gehört es, effizient zu überprüfen, ob Bewerber*innen die Mindestanforderungen der Verfassungstreue erfüllen – ggf. mithilfe der Erkenntnisse des Verfassungsschutzes, wie es die hamburgische Regelanfrage vorsieht. Dagegen würde eine dauerhafte Prüfung während des Vorbereitungsdienstes intensiver in Grundrechte eingreifen: Sie würde den argwöhnischen Staat zu ständiger „Schnüffelei“ verpflichten, wie es Richter Wand in seiner **abweichenden Meinung** zum Extremistenbeschluss formuliert.

Forderungen an die Hamburgische Bürgerschaft

Art. 12 GG erlaubt es dem Gesetzgeber, die juristische Ausbildung an einem Leitbild auszurichten, das Jurist*innen den Grundwerten der Verfassung verpflichtet (BVerfGE 46, 43, Rn. 42). Der Hamburgische Gesetzentwurf ist gegenwärtig eine verpasste Chance, die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst so zu regeln, dass sie die Bedrohungen für den freiheitlichen Rechtsstaat angemessen berücksichtigt.

Noch ist es allerdings nicht zu spät. Denn nach Art. 48 Abs. 2 der Verfassung der FHH (Verf HA) werden Gesetze von der Bürgerschaft – dem Hamburgischen Parlament – beschlossen; Gesetzesvorlagen bedürfen gemäß Art. 49 Abs. 1 (Verf HA) einer zweimaligen Lesung. Weil die Beratung und die Abstimmung noch nicht stattgefunden haben, kann die Bürgerschaft den Entwurf noch ändern. Sie sollte erstens klarstellen, dass Rechtsreferendar*innen einer Verfassungstreuepflicht unterliegen. Zweitens braucht es dringend eine präzise Definition der „Mindestanforderungen“ an die Verfassungstreue für Rechtsreferendar*innen. Und drittens sollte die Bürgerschaft festlegen, wie und zu welchem Zeitpunkt diese Mindestanforderungen überprüft werden – in Hamburg konsequenterweise mit der geplanten Regelanfrage.

Kati Cseres, Ana-Caterina Ciusca

The EU's Chance to Curb Media Capture

Blikk Acquisition in Hungary and the Boundaries of the New European Media Freedom Act

doi: 10.59704/262e3f228f413597



On 31 October 2025, the Swiss media group Ringier sold its entire Hungarian media portfolio – including the tabloid *Blikk* – to Indamedia, an Orbán-government-aligned group that already controls 18 online publications and platforms, including the leading news outlet *Index* and the major private television channel TV2. For the past fifteen years, the European Union seemed largely powerless as the “predator of press freedom”, Viktor Orbán systematically undermined media freedom and pluralism in Hungary and concentrated unprecedented levels of informational power in the hands of his government and its business allies. What emerged was not merely a distorted media market, but a politically engineered public sphere that repeatedly escaped the reach of EU law and exposed the Union’s vulnerability to deliberate media capture. Yet the newly adopted [European Media Freedom Act \(EMFA\)](#) could mark a turning point, potentially breaking new constitutional ground for the EU in safeguarding media freedom and pluralism. Beyond its internal-market and competition-law instruments, the Union now possesses a legally binding framework capable of preventing further erosion of media pluralism and supporting the eventual restoration of media independence. The EMFA establishes common rules that can prevent market distortions and manipulation of public opinion, while also addressing broader rule-of-law concerns arising from politically orchestrated media transactions.

Predator of press freedom

After fifteen years of Orbán’s rule, the situation is still alarming. Orbán, often described as “predator of press freedom”, has steadily undermined media pluralism and independence through a wide array of regulatory, economic, and legal measures. From 2010 onwards, beginning with the adoption of a new media law, Orbán systematically built a highly concentrated media landscape – a development that put the EU to the test of declining democracy within a Member State. The EU’s powerlessness quickly became apparent: EU law offered no instrument to effectively address the situation, and the Commission was unable to respond in any meaningful way. Today, however, the situation is different. The EU now has a new tool in the form of the [European Media Freedom Act](#), and there is a growing recognition that merger control itself carries a constitutional function in safeguarding media pluralism. While EU-level and national merger control operate as constitutionally decoupled systems, reflecting different varieties of capitalism and constitutionalism, we argue that this newly emerging constitutional framework, most notably through the EMFA, can address the both the economic and rule-of-law concerns raised by such transactions.

Acquisition of Blikk

Blikk is Hungary’s most-read daily newspaper with a large online audience. It is a tabloid covering a wide range of topics, from current affairs to entertainment, including [reports on corruption](#), but like many other

tabloids, it is without explicit political content. It is a [commercially viable](#) outlet with a vast readership that includes many undecided voters, who are not [conscious media consumers](#), and remain otherwise disengaged in political discourse. Consequently, acquiring Blikk is a [politically instrumental](#) move to influence public opinion.

Both Ringier and Indamedia publicly [denied any political motivation](#) behind the transaction. However, Indamedia is 50% owned by Miklós Vaszily, a pro-government businessman who also serves as CEO of the pro-government broadcaster TV2. This acquisition can hardly be seen as anything other than an additional step in consolidating media under owners closely aligned with the Orbán government, further reducing independent media.

With the acquisition of Blikk, the news market in Hungary [becomes more concentrated](#). Both Index and Blikk are among the five most-read online news sites, and Blikk is the most-read daily newspaper in Hungary. Blikk is a market leader, and its online platform has grown popular, underscoring its strategic relevance for Orbán: the dissemination of government-aligned messaging through such widely read and influential outlet can significantly influence public opinion. Moreover, while most captured media outlets today remain almost entirely [dependent on state advertising and politically motivated spending](#), Blikk is economically viable on its own.

The timing of the acquisition, occurring less than six months before the April 2026 parliamentary elections in which the ruling Fidesz party faces its most significant challenge in over a decade, further highlights its political salience. The [sale](#) is widely viewed as an effort by Orbán's allied business network and [domestic oligarchs](#) to [further consolidate control](#) over the Hungarian media landscape. The combined economic and political relevance of this acquisition must be considered when assessing Indamedia's purchase of Blikk. The transaction consolidates both economic and political power in the Hungarian media landscape with far-reaching, short- and long-term implications.

A strategic transaction

The acquisition fits squarely the Hungarian government's well-established playbook of [media-capture](#) strategy of the past 15 years: media titles previously owned by foreign investors leaving the market were acquired [through strategic transactions](#) led by business actors, directly or indirectly linked to the government or the Prime Minister. These acquisitions were typically followed by a consistent pattern of intervention: new editorial leadership, recalibration of editorial policy, the suppression of criticism and investigative reporting, and replacement with government-aligned content.

Notable examples include the [2016 sale of *Népszabadság*](#), also formerly owned by Ringier, to Mediaworks, a government-connected company that closed the paper shortly thereafter. These cases exemplify a [centrally managed and coordinated system strategy](#), designed, sanctioned, and executed from the highest levels of political power. Through this machinery, the Fidesz government and its allied business network have absorbed an extraordinary share of the Hungarian media market: [an estimated 80% of the media market](#) now falls under direct or indirect government influence, further reinforced by control of the public broadcaster, regulatory capture, and the [strategic use of state advertising](#) to support pro-government outlets.

The immediate implications of this acquisition relate to [its short-term electoral value](#). However, the transaction not only reinforces the government's capacity to influence media narratives, but also forms part of a broader strategy to [consolidate](#) commercially viable, high-reach media assets and entrench influence even in the event of political turnover. Hence, the acquisition embeds durable economic and political power within the Hungarian media ecosystem, effectively insulating key resources from future changes in political power.

This acquisition raises a fundamental question concerning the [economic dimension of the rule of law](#): how can a highly concentrated economy, in particular a media market marked by extreme political capture, be deconcentrated following a possible political transi-

tion? What legal, regulatory, and institutional mechanisms would be required to restore media pluralism and freedom?

The constitutional role of merger control

In assessments of media mergers, the regulatory function of merger control is often emphasized, but its constitutional role is crucial to the economic dimension of the rule of law. Merger control monitors concentrations in markets and assesses the potential amplification or reduction of economic power resulting from transactions. Its function, however, extends beyond economic considerations to [encompass political and social consequences for citizens](#). By controlling excessive economic concentration, merger control can decentralize economic power and broaden [economic opportunities](#) for firms, thereby supporting a democratic political order. Concentrated economic power can [reinforce the political influence of capital](#) and directly affect citizens' fundamental rights related to media pluralism and access to reliable information.

Merger control [safeguards democratic processes and institutions](#) by mitigating the risk that dominant actors exert disproportionate influence over political processes or public opinion. In this way, merger control preserves both economic integrity in markets and the broader democratic order.

The intersection of democracy, rule of law and economic policy have become increasingly relevant at the EU level, as evidenced by the heightened focus on media pluralism in the [current revision of the EU Merger Guidelines](#). The Commission's review of the EU Merger Guidelines, launched in May 2025, acknowledges that [merger control can directly support media plurality](#). Media pluralism is a key concern in merger control because concentrated media and AI markets can limit information diversity and disproportionately influence public opinion.

However, merger control is [“an area of historical divergence”](#) and merger control systems differ significantly across jurisdictions due to being [embedded](#) within local varieties of capitalism and national constitutional structures. National application is largely detached from direct EU oversight because the

monitoring of mergers is [divided between](#) the European Commission and Member States according to quantitative thresholds. The Commission has [exclusive competence over mergers with a “Community dimension,”](#) while Member States apply their national merger rules to concentrations that do not meet this threshold. Conversely, the Commission lacks jurisdiction under [the EU Merger Regulation](#) for mergers without a Community dimension, and does not have the competence to review the Indamedia-Blikk acquisition. Moreover, unlike in the areas of Articles 101 and 102 TFEU, there is no established [system of cooperation](#) between national competition authorities and the European Commission in merger control. This enforcement framework enables Member States to [authorise national champions](#) and to accommodate [public-interest considerations](#) under national law, which are especially prominent in the media sector, reflecting the intersection of economic and constitutional law.

Hungary's framework for assessing media concentrations

In Hungary, media concentrations are examined by both the competition authority and the media regulator. The [Hungarian Media Act](#) lays down substantive and procedural [legal safeguards](#) to address media market concentration and its potential impact on media pluralism and editorial independence. The substantive rules are in Articles 67-70, while pursuant to Article 171 of the Hungarian Media Act, the Media Council acts as a Special Authority in merger proceedings. The Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) must seek the Council's opinion and may not prohibit a merger if the Council considers that the number of independent media sources in the relevant market remains sufficient to ensure diversity of information. The Media Council's position is binding on the Competition Authority.

In the current case, the GVH has, however, [announced](#) that the merger did not require notification because the combined turnover of the undertakings concerned did not reach the statutory threshold under

the [Hungarian Competition Act](#). Consequently, the GVH will not investigate the possible negative effects of the merger on competition. Yet, according to Article 24(4) of the Hungarian Competition Act, even concentrations below the notification threshold must be notified if it is “not evident that the transaction would not significantly reduce competition in the relevant market, in particular through the creation or strengthening of a dominant position”. Accordingly, it is not clear that Hungarian merger control rules would not apply to this transaction, highlighting a gap in the enforcement framework with implications for both market and media pluralism. This produces a now-notorious situation in Hungary: when assessing media mergers, the problem lies not in the absence of substantive or procedural rules, but in the lack of credible enforcement and institutions.

What has changed over the past year is that, within the EU, a broader constitutional space has emerged that strengthens the role of media pluralism in both democracy and the economy, and affirms its economic, social, and political significance. The constitutional function of national merger control is now strengthened by the [European Media Freedom Act \(EMFA\)](#), which establishes a regulatory framework to address media-specific risks arising from concentrations. In force since August 2025, the EMFA obliges all Member States to introduce safeguards against media capture and to ensure the effective protection of media pluralism.

EMFA's role in media-merger oversight

The EMFA introduced for the first time a [soft-harmonization approach to media concentrations](#), setting an obligation on the Member States to introduce national rules for assessing media market concentrations based on common criteria and procedures. The EMFA requires a [case-by-case assessment of plurality](#), based on several elements that go beyond the economic criteria of [traditional competition-oriented evaluation](#) to assess the impact of media mergers on media pluralism. The media plurality test under [Article 22 EMFA](#) requires assessing a concentration's impact on

editorial independence, ownership influence, and diversity of information.

However, the [media plurality test is not self-executing](#). Its effectiveness depends on Member States designating an independent media authority, adopting transparent procedures, and providing a clear methodology to assess media pluralism. Among the many questions raised by Article 22 EMFA, one has received less attention: [enforcement](#), which is now central to Hungary's case. The independence of the Hungarian Media Council has been [seriously questioned](#) over the years, and its operation under political influence undermines effectively assessing media concentrations. Moreover, the Hungarian government has taken no steps to implement the EMFA provisions and has not published [any methodology](#) for media pluralism assessments, which can constitute a failure to comply with its obligations under the European Media Freedom Act. Instead, it brought [a case before the CJEU](#) seeking annulment of almost the entire EMFA.

This underscores the crucial, though limited, enforcement role of the [European Media Board](#) and the Commission. While the European Media Board cannot block a merger, it is responsible for the [consistent and effective application of the Regulation](#) and as such, can issue opinions, request information, and publicly assess whether a national authority properly applies Article 22 EMFA. On the basis of Article 23 EMFA, the European Media Board can issue an opinion on its own initiative or at the request of the European Commission. Considering the impact of the proposed merger in Hungary, this [has been suggested](#) as an important first case for the Board, which should instantly start its own assessment.

The European Media Board can present its assessment to the Hungarian Media Council, which is, under EMFA rules, obliged to take its opinion “to the fullest extent possible”. If the Media Council disregards the opinion, it must submit its reasoning to both the European Media Board and the Commission, explaining why the opinion was not followed.

Making its findings public, the European Media Board could increase transparency and put political pressure on the national regulator. Moreover, the

Commission could initiate infringement proceedings if Hungary continues to fail to comply with its obligations under the EMFA. For example, by not consulting the European Media Board, by lacking a methodology for the plurality test, or by conducting no pluralism assessment at all. Finally, Article 3 EMFA, which guarantees access to a pluralistic media environment, could be [strategically mobilized](#) by competitors of Blikk, and other interested parties, including journalists or civil society organizations.

Conclusion

The acquisition of Blikk further consolidates both economic leverage and opinion-shaping power within government-aligned structures, thereby narrowing the already limited space for independent journalism and genuinely pluralistic public discourse. It constitutes a [strategically significant instrument](#) for structurally embedding, government-aligned influence over the Hungarian media landscape and public opinion, both now and after a potential political transition.

While neither the European Media Board nor the Commission has publicly commented on the merger yet, it is clear that the Indamedia-Blikk acquisition could offer the [litmus test](#) of EMFA addressing media concentrations that raise clear risks for media pluralism.

This acquisition is not merely an internal matter for Hungary; it should be a cause for concern at both the EU level and for the Union itself. There is now [ample evidence](#) that Orbán's consolidation of media power is extending into other EU Member States as well as the Western Balkans, influencing media pluralism and press freedom beyond Hungary's borders. Hungarian-backed media takeovers in the Balkans have exposed a critical gap in Europe's defenses against media capture. The Hungarian influence has also reached [pan-European institutions](#): Euronews is now 98% owned by ALPAC Capital, an investment fund with significant financing links to Viktor Orbán's ecosystem.

This is a crucial moment for the EU. Faced with clear geopolitical and geoeconomic challenges, the Indamedia-Blikk acquisition presents a decisive case

in which the Union can, and must, stand firm, defending media pluralism, democracy, the rule of law, and the integrity of its economic model.

Daniel Schönfelder, Michaela Streibelt

Only Half Thrown Under the Bus

The CSDDD and LkSG after Omnibus I

doi: 10.59704/cab64fdf9190fac0



On Tuesday, the European Parliament approved [the Omnibus I](#) – a [contested](#) package that will lead to significant changes to the Corporate Sustainability Due Diligence Directive ([CSDDD](#)) and, as a consequence, to the German *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* ([LkSG](#)). Instead of giving a comprehensive overview of all changes, we will focus on those changes to the CSDDD – and the corresponding changes to be made in the LkSG that we believe will have the biggest impact on company practice. We argue that the CSDDD remains strong, especially its obligations on human rights and environmental due diligence (HREDD). However, the Omnibus missed an opportunity to clarify civil liability and, most critically, significantly restricted the personal scope of the CSDDD.

The different scope of obligations

Omnibus I significantly narrows the personal scope (Art. 2 (2)) from companies with an annual turnover of at least 450M euros and (for EU-companies) at least 1,000 employees to an annual turnover of at least 1,5 bn euros and (for EU-companies) at least 5,000 employees. In Germany, some therefore call for raising the LkSG's scope – currently companies with more than 1,000 employees – to align with the higher thresholds of the CSDDD. While the Directive explicitly permits a reduction of the scope (Art.1(2)), a respective change to the LkSG might violate an international obligation of Germany: the prohibition of regression according to Article 2(1) of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR). The ICESCR prohibits measures that diminish the current enjoyment of protected rights. This includes many of the legal positions protected by

the LkSG, which itself implements Germany's obligation to protect human rights as guaranteed in, inter alia, the [ICESCR](#). The [ICESCR](#) specifically requires States to regulate corporate actors, including with respect to their activities abroad, to address human rights violations. Reducing the number of companies subject to due diligence obligations reduces the overall level of protection since fewer companies would implement HREDD, resulting in less prevention and remediation. While the prohibition of regression is not absolute, Germany would have to demonstrate that the benefits of reducing the scope outweigh the resulting loss of protection (see in detail [here](#) and [here](#)).

Climate obligations after the removal of climate plans

Although the Omnibus removes the specific obligation to establish *climate plans*, the CSDDD continues to require HREDD in relation to climate change: Annex part I no. 2 prohibits to measurably

“degrade the environment including by harmful emission if the degradation negatively impacts people's access to food, water, sanitary facilities, health, safety, use of land and possessions, or substantially adversely affects ecosystem services through which an ecosystem contributes directly or indirectly to human wellbeing”.

Greenhouse gas emissions affect all these aspects. It is well established in human rights jurisprudence that climate change causes human rights violations ([ICJ](#), [ITLOS](#), [ECTHR](#)). The removal of the climate plan requirement from the CSDDD should therefore not be understood as removing all obligations in relation to climate change. Rather, the Omnibus removes climate

plans only as a mandatory, stand-alone measure from CSDDD to be implemented regardless of prioritisation. The legislator justifies this with the “administrative burden” involved with the climate plan, calling for a “more targeted and efficient implementation” (Recital 26 Omnibus-I), while explicitly continuing to call for “targeted and efficient implementation”.

At the same time, the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSRD), according to the Omnibus I agreement, continues to require companies to report climate action plans (Art. 19a(2)(a)(iii), 29a(2)(a)(iii) Directive 2013/34/EU). Companies should not mistake this for a mere reporting obligation: reporting climate action without actually implementing it may amount to misleading advertisement (Art. 6 Unfair Commercial Practices Directive as modified by the Empowering Consumers Directive) and thus constitute unfair competition under national law.

Business models and downstream impacts

Under the CSDDD, HREDD includes analysing and addressing adverse impacts arising from a company’s own operations. To fulfil the CSDDD’s effectiveness requirement (Art. 3 (o)), this necessarily includes addressing adverse impacts resulting from the business model as the core of every company’s activities. This understanding is confirmed by Recital 41, which clarifies that companies have to analyse “the impact of a business partner’s business model and strategies”. A fortiori, this applies to the business model of the company itself. In practice, this means that companies whose business models are structurally based on the exploitation of the planet or people, such as fast fashion, will be required to establish *business model transformation plans*. Using [business model red flags](#), such as those developed by Shift, a leading centre of expertise on business and human rights, can serve as a good starting point.

The CSDDD requires companies to change their design and distribution practices (Art. 10(2)(g), 11(3) (e)). Such practices not only impact the upstream value chain but also the intended use. For example, the design of agrochemical products might create impacts because of the form in which they are distributed

(incorrect safety information on labels) or used (pesticide use causing diseases). Although the Directive does not explicitly include the use of products in the chain of activities (Art. 3(1)(g) – where HREDD must be implemented), design and distribution practices are part of a company’s own operations, regardless of whether the adverse impacts arise upstream or downstream. The limitation of the chain of activities is intended to protect companies from impacts over which they lack reasonable leverage. This rationale does not apply where companies exercise full control over product design and distribution. When a company designs inherently harmful products, responsibility cannot be shifted elsewhere. This interpretation is also consistent with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) which include downstream impacts within the scope of responsibility.

Continuously strong HREDD obligations

The Omnibus I has not significantly weakened the HREDD obligations themselves, though it has clarified how to use information requests. Obligations relating to downstream impacts and business model risks as well as responsible disengagement or suspension remain intact. For the LkSG, this also means that the [ill-fated tier-1 approach](#) with exceptions will finally have to be reformed in favour of a real risk-based tier-n approach. The LkSG requires companies to only do due diligence beyond their own operations and direct suppliers if they have a certain degree of knowledge or information regarding impacts or in cases of structural changes (Sec. 9 (3) and 5 (4))(substantiated knowledge). In Germany, this led some companies to misunderstand the law as requiring only due diligence in their own operations and with direct suppliers, even though impacts are more likely and more severe in the deeper supply chain (tier-n).

Unlike the LkSG and the initial Omnibus proposal, the CSDDD now continues to require analysing impacts in the chain of activities up to *tier-n*, Art. 8(1). The first phase of the risk analysis is *scoping*. This requires mapping “general areas” of own operations and supply chains onto reasonably available information on risk factors such as geography or sector risk

(Art. 8(2)(a)). In practice, companies can map production countries and/or procurement categories against available information on typical risks (such as the [CSR Risk Check](#)) to generate risk scores. Attempting to establish the precise location of all supply chains at the scoping stage risks “paralysis by analysis”. Especially at an early stage, mapping procurement categories rather than supplier locations may be the more workable approach.

Prioritisation of risks is what allows companies to focus their capacity on the most relevant risks. Unlike the LkSG (Sec. 3(2) No. 2), leverage is not listed as a deciding factor in for prioritisation in the CSDDD. In the CSDDD, companies have to focus more in-depth analysis measures where adverse impacts are most likely to occur and to be most severe. Many welcome this change, arguing that leverage-based prioritisation would allow companies to evade responsibility for complex impacts. Taken to its extreme, however, this position would mean that companies always have to focus their efforts on the most severe impacts, no matter how marginal they are to their business, potentially leading to significant analytical effort without any realistic prospect of change.

The CSDDD instead now requires “appropriate” risk analyses – meaning measures that are “reasonably available” to the company (Art. 3(1)(o)). While leverage cannot dominate prioritisation, it may still justify excluding peripheral issues with minimal relevance to its business model, for example, categories with only minimal spend. Practical guidance illustrating such prioritisation would significantly enhance the CSDDD’s implementation and impact (for a first suggestion, [here](#), p. 6).

Information requests and supplier protection

For the *in-depth assessment phase after scoping* (Art. 8(2)(b)), the Omnibus strengthens safeguards against overwhelming suppliers with information requests. In general, the CSDDD gives companies a lot of freedom on how to do this, as long as it is appropriate which includes effective (Art. 3(1)(o)). In practice, on the ground measures such as [Human Rights Impact Assessments](#) including rightsholder perspectives are

seen as very good measures to identify impacts. Companies that only focus on HQ-based desktop-research will have to improve their practices. One instrument of risk analysis has – rightly – received more attention than others: *information requests from suppliers*. Too often, companies, especially in Germany, have resorted to superficial, automatised, one-size-fits-all questionnaires implemented by IT-Tool providers that are not interoperable (in detail [here](#), p. 2 f. and [here](#)). The CSDDD’s new rules clarify that companies must first collect and analyse information available to them before asking their suppliers for information that “cannot reasonably be obtained by other means” (Art. 8(3)(a)), in a reasonable way (Art. 8(3)(b)) (for good practice examples see [here](#), p. 11).

Review cycles and effectiveness

While the Omnibus extends the formal evaluation cycle for the *effectiveness of their measures* from annually to every five years (Art. 15), companies should not be misled by this change. They remain obliged to implement effective measures (Art. 3(1)(o)), which means they have to design effective measures ex ante, establishing a hypothesis of effectiveness. Any prudent company would not wait for five years to see if the hypothesis actually holds.

Importantly, this change does not imply that *risk analyses* (Art. 8) need only be conducted every five years. Systematic and from its wording, Art. 15 cannot simply be applied to the provision on the regular risk analysis. A regular risk analysis that is only conducted every five years would miss important changes and thus fall short of an effective risk analysis (Art. 8(1) and Art. 3(1)(o)). This is why the LkSG (Sec. 5), as well as the Norwegian Transparency Act (Sec. 7) and the Loi de Vigilance (Article L. 225-102-4) require an annual risk analysis (for the former two, this obligation is a precondition to the obligation to annually update measures). Even though the CSDDD does not specify an interval to comply with the effectiveness requirement, companies should not risk waiting more than two years.

Disengagement and suspension

The Omnibus removes the explicit obligation to *responsibly disengage from business partners* as a last resort in cases of severe potential and actual impacts (Arts. 10(6), 11(7)) and now explicitly only requires responsible suspension. At the same time, it clarifies that continued engagement with business partners shall not expose companies to sanctions or liability if there is a reasonable expectation to believe that the enhanced preventive or corrective action plan will succeed. Conversely, sanctions and liability remain possible where no such expectation exists.

Did the tiger lose a tooth?

One significant implication for the LkSG is the need to set up an *independent supervisory authority*, as required by Art. 24 CSDDD. The Federal Office for Economic Affairs and Export Control (BAFA), which operates under the legal and technical supervision of a Federal Ministry, does not meet the requirement of legal and functional independence under Art. 24(9) (with reference to the jurisprudence of the ECJ see Streibelt: Art. 24, para. 24.19 et seq., in: Bright, Scheltema: Commentary to the CSDDD, upcoming in 2026).

Civil liability (Art. 29) remains among the most controversial aspects. The Omnibus removes the Member States' explicit obligation to introduce civil liability from the CSDDD. However, Recital 28 to the Omnibus I maintains that Member States are legally obliged under international and European law to introduce civil liability to provide access to justice under Art. 47 EU Fundamental Rights Charta. Recital 28 explains the deletion of Art. 29 (1) and (7) with the principle of subsidiarity. This indicates that civil liability shall not be removed altogether. Instead, Member States shall be free to choose how to implement such rules.

Nonetheless, abandoning a uniform civil liability regime is misguided. Without overriding mandatory provisions, companies are exposed to liability risks from over 200 jurisdictions (in detail [Van Calster](#)). Under international private law, liability will often be governed by the law of the place where the damage

occurred (Art. 4 Rome-II-Regulation). Companies will therefore have to monitor liability risks across the jurisdictions in which they operate or source from. While the CSDDD's sanction mechanism remains strong, the legislator missed an opportunity to provide legal certainty on civil liability.

Til Leichsenring, Julia Popp

From Security to Economics

Freezing Russian Assets under Article 122(1) TFEU Violates the Treaties

doi: 10.59704/a3f9198e9a2473e8



Last week, by adopting [Regulation 2025/2600](#) of 12 December (Russian Assets Regulation), the Council effectively froze Russian state assets permanently. The assets had already been frozen under the EU sanctions regime established by [Council Decision 2014/512/CFSP](#), which required unanimous approval for renewal every six months. In our view, this de facto permanent freezing of Russian state assets, in its current form under Article 122(1) TFEU, remains primarily designed to address matters of foreign policy and, being based on qualified majority decision-making, violates the conferral of competence under the Treaties. In the long term, given that the frozen assets also serve as a security for the newly agreed [loan of EUR 90 billion](#) for Ukraine, this will also jeopardize the enforceability of the said collateral.

What's new

Currently, Russian state assets are frozen by the EU under [Council Decision 2014/512/CFSP](#) and [Council Regulation \(EU\) No 833/2014](#). These restrictive measures (also known as sanctions) are adopted by the Council within the framework of the Common Foreign and Security Policy (CFSP). A structural weakness of EU sanctions freezing the Russian state assets lies in the fact that they must be renewed every six months by unanimous Council decision. In the past, [Hungary](#) in particular has threatened to withhold its consent to renewal.

Since the value of the frozen Russian state assets amounts to up to EUR 210 billion, proposals for how these funds might be used to support Ukraine have existed for some time (see [here](#) and [here](#)). One such suggestion is a so-called reparations loan.

The original [plan](#) presented by the Commission, though not adopted, essentially envisages the implementation of a bundle of Regulations enabling the Union to lend the frozen assets from the financial institutions in which they are held, and subsequently onward-lend them as an interest-free loan to Ukraine. Ukraine would be required to repay the loan only if Russia were to make reparation payments for its war of aggression (see [here](#)). This plan failed primarily due to concerns over liability risks and the [extensive guarantees](#) that would have had to be provided by the EU Member States. Instead, the Council decided to grant Ukraine a loan of EUR 90 billion within the EU budget. The loan is to be secured by frozen Russian state assets.

However, the plan to use Russian state assets as security for a loan to Ukraine would be jeopardized if a dissenting Member State, such as Hungary, were to vote against the extension of the asset freeze under EU sanctions law. Therefore, to prevent Russian state assets from becoming unfrozen prematurely, and following a proposal from the Commission, the Council issued a [Regulation](#) on emergency measures addressing the serious economic difficulties caused by Russia's actions in the context of the war of aggression against Ukraine (Russian Assets Regulation).

The key innovation of the Russian Assets Regulation does not lie in the asset freeze itself, but in its underlying legal basis. Unlike previous measures, the Russian Assets Regulation relies on [Article 122\(1\) TFEU](#). As a consequence, unanimity was not required, allowing the Regulation to be adopted by qualified majority under [Article 16\(3\) TEU](#) against the votes of Slovakia and Hungary. Importantly, continuous

six-month renewals are from this point forward no longer necessary.

The scope of Article 122(1) TFEU

Article 122(1) TFEU authorises the Council, on a proposal from the Commission, to adopt “measures appropriate to the economic situation”. This empowerment applies only “without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties” (see Article 5(4) TEU) and must be exercised “in a spirit of solidarity between the Member States”.

Historically, the predecessor provision (Article 103(1) EEC Treaty) was limited to economic stabilization measures. However, since the Maastricht Treaty, the provision has been applied more broadly to economic policy measures in general. This expansion in scope has likely contributed to the increased recourse to the said provision in recent years to what has been described as the “new super-competence” of Article 122 TFEU – long regarded as a “sleeping beauty” (see [here](#) and [here](#)).

Nonetheless, sanctions have never previously been adopted on the basis of Article 122(1) TFEU.

Strict delimitation of legal bases

This absence is hardly surprising considering the particularly strict delimitation of the legal bases governing measures under the Common Foreign and Security Policy (CFSP). Where measures affect the CFSP (e.g. sanctions), this strict separation is required not only by the principle of conferral (Article 5(1) and (2), and Article 13(2) TEU), but also by the explicit non-encroachment clause set out in Article 40(2) TEU. Accordingly, a legislative act implementing a policy under Articles 3 to 6 TFEU may not contain any provision that could be the subject of a CFSP decision ([para. 15](#)).

Given its location in Title VIII, Chapter 1 (“Economic Policy”), Article 122(1) TFEU is likewise subject to Article 40(2) TEU. The rationale of Article 40(2) TEU is to protect the inter-governmentally organized CFSP from encroachments on its competences. Therefore, the provision prevents circumvention of the special CFSP procedures by drawing a clear determina-

tion line between CFSP and other EU competences ([para. 13](#)). Accordingly, the CJEU’s case law clearly states that CFSP measures may not be based on legal bases outside the CFSP ([paras. 45 et seq.](#)). Whether a particular measure falls within the scope of the CFSP or within economic policy under Article 122(1) TFEU must be determined according to the predominant objective of the provision ([paras. 19 et seq.](#)).

The argumentation of the Commission and the Council

Against this background, the Commission, in its [Proposal](#), strives to establish an adequate link to the protection of the Union’s economic situation. Similarly, in the recitals of the [Russian Assets Regulation](#), the Council devotes considerable argumentative effort to demonstrating that the permanent freezing of Russian state assets serves to safeguard the Union economy.

Substantively, the argumentation amounts to the assertion that the Union’s economic and security policies are inextricably intertwined. The European economy is said to be already suffering from Russia’s war against Ukraine (see [Recitals 3 and 4](#)). Member States are thus reported to have incurred significant fiscal costs in mitigating these effects (for instance, compensatory measures for increased energy costs) and in strengthening their defence capabilities (see [Recitals 5 and 6](#)). Moreover, Russia’s hybrid attacks against the Member States are – according to the recitals of the Regulation – reported to constitute not only a threat to security but also to the Union’s economic situation (see [Recitals 15 and 16](#)).

In essence, the Council’s and Commission’s main argument is the following: Should Russia regain control over its frozen state assets, it would likely deploy those funds to intensify both its war efforts in Ukraine and its hybrid attacks against the Member States, thereby further jeopardising the Union’s economy (see [Recital 13](#)). Henceforth, the Commission and the Council argue that Russian aggression poses not a direct but an indirect threat to the EU economy.

Economic policy or sanctions policy

While a coherent and firm stance against Russia's unlawful aggression may indeed yield long-term economic benefits for the European Union, from a purely competence-law perspective, the chosen indirect approach is not convincing.

First, it is an [open secret](#) that the Commission's proposal for the Russian Assets Regulation was not primarily aimed at protecting the economy, but rather at circumventing the unanimity requirement in CFSP decisions. This approach prevented Hungary and Slovakia from blocking the measure. However, an asset freeze is a typical restrictive measure, a characterisation that the Commission itself recognizes in its own [sanction's guidelines](#). The Russian Assets Regulation therefore serves at least dual objectives: sanctioning Russia for its unlawful war of aggression and protecting the Union's economy.

While pursuing such mixed objectives is not, in principle, problematic and would ordinarily require recourse to all relevant legal bases ([para. 11](#)), this approach, which has already been [criticised](#) in light of the [SAFE Regulation](#), is precluded in the CFSP context by [Article 40\(2\) TEU](#) (see [para. 7](#) and [para. 5](#)). According to the CJEU's case law, the strict delimitation of competences to protect the intergovernmental nature of the CFSP expressly prohibits circumventing CFSP procedures through recourse to alternative legal bases ([para. 76](#)). In the present case, however, circumventing the unanimity requirement was precisely the Commission's objective (see also [here](#)).

Moreover, the assertion that the protection of the Union economy constitutes the primary purpose of the [Russian Assets Regulation](#) appears unconvincing. The asset freeze laid down in Article 2 of the [Russian Assets Regulation](#) is, both in its wording and in substance, virtually identical to the provision set out in Article 1a(4) of [Council Decision 2014/512/CFSP](#). The [Russian Assets Regulation](#) thus effectively reclassifies a measure previously adopted under the CFSP as an act based on [Article 122\(1\) TFEU](#). It remains unclear why an asset freeze should, in one instance, primarily

serve to sanction Russia and, in another, to protect the European economy.

Furthermore, the context in which the Russian Assets Regulation was adopted indicates that it primarily serves foreign policy objectives. After all, the Commission presented its proposal for the Russian Assets Regulation within the framework of a [five-step plan](#) to establish a reparations loan for Ukraine. The remaining instruments of the plan, however, are based on [Article 212 TFEU](#), a legal basis situated within the Union's external action and foreign policy framework. Ultimately, the [Russian Assets Regulation](#) arguably pursues sanctions policy rather than economic policy.

This conclusion raises concerns not only under [Article 40\(2\) TEU](#). [Article 122\(1\) TFEU](#) is itself an [exceptional provision](#). Where more specific legal bases are available, the principle of *lex specialis derogat legi generali* requires that they prevail. Consequently, a measure that is primarily intended as a sanctions instrument – such as the one adopted here – cannot be validly founded on [Article 122\(1\) TFEU](#).

Conclusion and outlook

Given [reports](#) that Ukraine may soon be unable to cover its financial needs, the European Union's chosen course of action is comprehensible. Supporting Ukraine in its defence against the unlawful Russian invasion is without doubt politically justified. It is equally understandable that, in light of the obstructionist stance of Hungary and Slovakia, those Member States determined to provide further support to Ukraine were ultimately left with no realistic alternative but to invoke [Article 122\(1\) TFEU](#) as the legal basis.

Nevertheless, from a purely competence-based perspective, [Article 122\(1\) TFEU](#) is not the appropriate playing field for long-term foreign and security policy strategies which lack prospects of political acceptance within the Council and are therefore advanced under the guise of economic policy. Previous legal analyses of the reparations loan plan have largely overlooked the issue of competence (see [here](#), [here](#), and [here](#)). This omission is particularly risky, as, while the likelihood of a successful challenge by Russia is rightly

considered very low (see [here](#) and [here](#)), a successful claim by an overruled EU Member State (e.g. [Hungary](#)) could overturn the [Russian Assets Regulation](#) and thereby tear down the very foundation of the loan now adopted. Therefore, the contested legal basis may ultimately prove counterproductive.

Peter van Elsuwege

Walking a Tightrope

On the Legal Stakes of the EU's Proposed Reparations Loan for Ukraine

doi: 10.59704/331b1863c75ba636



The potential use of immobilised Russian state assets to finance Ukraine's needs has become the subject of a heated debate within the European Union. The European Commission and [several Member States](#) (most notably the Baltic and Nordic countries, Poland and Germany) strongly advocate for a [Reparations Loan](#), i.e. a legal instrument allowing the Union to borrow the cash balances linked to Russia's assets from the financial institutions holding them (mainly Euroclear, located in Belgium). These funds would then be transferred to Ukraine as a zero-interest loan. That loan would be repaid by Ukraine once it receives reparations from Russia as compensation for the damage caused by its war of aggression. Under such conditions, the Union would repay the borrowed money to the financial institutions, which could then reimburse the Russian Central Bank. It is, therefore, presented as a reversible mechanism that is to be distinguished from an outright confiscation of Russian assets. The property rights of the Russian Central Bank are not touched, but remain immobilised until Russia ceases its war of aggression and compensates Ukraine for the damage caused.

Critics, with Belgian Prime Minister [Bart De Wever](#) as their most outspoken voice, regard this proposal as "a confiscation in disguise". The use of immobilised assets as a pre-emptive reparations measure is unprecedented and fraught with legal and financial uncertainties. In particular, the risk of Russian countermeasures against Euroclear and other European companies, potential damages claims under the Belgian-Russian Bilateral Investment Treaty (BIT), and reduced trust in the European financial market and the euro as a world reserve currency are the most promi-

nent concerns. In addition, there is the geopolitical argument that the immobilised Russian assets would be better used as a [bargaining chip](#) in peace negotiations with Russia.

The discussion about the Reparations Loan sparks strong emotions. The Belgian Prime Minister has been called the new '[bad boy](#)' of Europe and Belgium '[Russia's most valuable asset](#)'. The mounting external [pressure](#) to allow frozen Russian assets to be used for Ukraine stands in stark contrast to the remarkable political consensus within Belgium. All political parties, from extreme left to extreme right, expressed their [support](#) for the government's position. There is a general sentiment that the country is put with its back against the wall. A few weeks before the 18 December European Council, where the EU's commitment to address Ukraine's future budgetary and defence needs will be high on the agenda, a new crisis is looming around the corner. Can the Belgian concerns be overcome or is the Reparations Loan just a bad idea? It is argued that the Commission's proposal may be defensible under international and European law, though it remains on precarious legal ground.

Conformity with International Law

Taking into account that central bank assets are covered by a specific regime of state immunity, the question of compliance between the Reparations Loan proposal and the requirements of international law is crucial. Under normal circumstances, using foreign states' property would definitely not be permitted. However, Russia's war of aggression against Ukraine is a very specific situation, in the sense that it amounts to a breach of a peremptory norm of international law

(*jus cogens*). Considering the gravity of the violations and the *erga omnes* nature of the prohibition of aggression, it is argued that third parties (such as the EU) may take countermeasures against the violating state (Russia) to foster the termination of the internationally recognised wrongful act and secure reparations in the interest of the injured state (Ukraine) (see e.g. [Veber](#), [Rosas](#), [Moiseienko](#) etc.).

It follows from Article 49 of the [Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts \(ARSIWA\)](#) that countermeasures can only be legally adopted under specific conditions. They have to be temporary and non-punitive, designed solely “to induce” the responsible state to comply with international obligations. This implies a condition of reversibility when the underlying reason for the adoption of the countermeasures no longer exists. As found in a recent [study](#) presented to the European Parliament’s Foreign Affairs Committee, the proposed Reparations Loan takes those conditions into account. It is designed to be temporary and reversible, in the sense that the financial institutions will be able to honour their contractual commitments in relation to Russia’s state assets once Russia ceases its aggression and pays reparations.

The key challenge, of course, is that this interpretation is not necessarily shared by the outside world. In the words of the [Belgian Prime Minister](#): “We may wish to believe that the proposed scheme is set up to be in line with international law and, in particular, does not amount to an illegal confiscation. The uneasy fact of the matter is, however, that others will see things differently, and act accordingly.” It is not to be taken for granted that foreign jurisdictions or arbitration tribunals will follow the doctrine of third-party countermeasures as a justification for the EU’s measures (as also acknowledged in the aforementioned [study](#), p. 43).

Legal Basis under EU law

To minimise the financial and legal risks as far as possible, the [European Commission](#) proposes a rather complex package of five interconnected legal instruments. First, a “[Regulation](#) establishing the

Reparations Loan to Ukraine and amending Regulation 2024/792 establishing the Ukraine Facility” defines the precise scope and conditions of the available assistance (up to a maximum amount of EUR 210 000 000 000). It is legally based on [Article 212 TFEU](#) and includes provisions about guarantees by Member States and third countries (Arts 24-27). To avoid the immobilised assets being returned to Russia before the end of the war and the payment of reparations, the Commission proposes a second [Regulation](#) to be adopted under Article 122 (1) TFEU. This involves a prohibition on transferring assets and reserves for the benefit of the Central Bank of Russia or related entities. It also lays down requirements for the management of the cash balances corresponding to those assets and reserves, and establishes safeguards preventing the enforcement of judicial, arbitral or administrative decisions obtained by Russia. Those obligations are presented as “emergency measures needed to address the serious economic difficulties within the Union caused by Russia’s actions in the context of the war in Ukraine”. Accordingly, the Commission argues that this falls within the scope of [Article 122 \(1\) TFEU](#).

Arguably, the recourse to Article 122 (1) TFEU is essentially a strategic legal move allowing for the continued immobilisation of Russian state assets on the basis of qualified majority voting. So far, the prohibition of transactions related to the management of reserves and assets of the Russian Central Bank has been subject to restrictive measures adopted under the Common Foreign and Security Policy, notably (the consolidated versions of) [Council Decision 2014/512/CFSP](#) and [Regulation 833/2014](#). Those restrictive measures (commonly known as “sanctions”) are subject to a six-monthly renewal on the basis of unanimity within the Council. This always involves the risk that Member States such as Hungary or Slovakia will exercise their veto and prevent the renewal of the sanctions. In the case of a Reparations Loan, this would have far-reaching consequences since the borrowed money should then be immediately available. Extending the asset freezes on the basis of QMV helps to avoid such a scenario. It would also put the

bar for ending these measures very high, i.e. until the Council decides that “Russia’s actions in Ukraine and in the Member States have objectively ceased to pose substantial risks for the stability of the economy of the Union”, implying that Russia terminated its war of aggression against Ukraine and paid reparations “to allow for reconstruction without economic and financial consequences for the Union” (Art. 7).

This pragmatic solution conforms to [the rise of Article 122 TFEU](#) as a frequently-used legal basis in crisis situations. This evolution is not uncontested, with, *inter alia*, a [pending case](#) regarding its use for the establishment of the Security Action for Europe (SAFE). In the context of the Reparations Loan proposal, the [Commission](#) argues that its new emergency regulation will complement the CFSP-based restrictive measures since it has a different scope and pursues “*objectives that are specific to the area of the economic stability of the Union*”. It is noteworthy that, in this respect, “*Ukraine is considered as an integral part of Europe’s defence and security architecture and this latter is intrinsically connected with the economic situation in the Union*”. Moreover, it is argued that the economic stability of the Union is also affected by Russian hybrid threats against the EU Member States. Accordingly, the Commission brings a measure that both in content (prohibiting the transfer of Russian assets) and objectives (countering Russia’s war of aggression) traditionally falls within the scope of the CFSP under a legal basis that is part of the EU economic policy chapter in the TFEU. This broad interpretation of Article 122 (1) TFEU raises significant constitutional questions regarding the choice of legal basis within the EU legal order, not least in view of [Article 40 \(2\) TEU](#).

In addition to the two core Regulations, additional proposals designed to protect EU Member States and financial institutions from possible retaliation measures are in the pipeline but have not yet been released. Finally, the Commission has already issued a [proposal](#) for an amendment of the current multiannual financial framework (MFF) to extend the budgetary guarantee to loans to Ukraine. This should ensure that the necessary resources are available in time so that

the Union can meet its financial obligations towards its creditors. This regulation is to be adopted under [Article 312 TFEU](#), requiring unanimity in the Council. It is part of the Reparations Loan solution, in which the EU budget serves as a financial guarantee, and could potentially be used more broadly as part of the alternative solution to rely entirely on the EU budget to finance Ukraine’s financial needs. The latter is Belgium’s preferred option, since it would avoid the legal and financial risks of the Reparations Loan. However, [Hungary](#) has already announced its veto against this plan, which further complicates a solution to address Ukraine’s financial and defence needs.

Addressing Belgian concerns

In case the Reparations Loan scheme is to be established, Belgium has [three main concerns](#) that need to be addressed.

First, there is the question of liquidity: “Member States would have to provide legally-binding, unconditional, irrevocable, on-demand, joint and several guarantees [...] to ensure that the Union is always able to repay the funds without receiving countervailing payments from Ukraine”. Article 25 of the proposed Reparations Loan aims to address this issue on the basis of ‘guarantee agreements’ between the Commission and each Member State. The option to involve the [European Central Bank](#) (ECB) as a backstop has been rejected, since this would be incompatible with [Article 123 TFEU](#).

Second, Belgium requests that any financial responsibility arising from dispute settlement proceedings will be borne by the Union and not by Belgium alone. This is partly guaranteed under Article 24 of the proposed Reparations Loan Regulation and partly under Article 5 of the Emergency Regulation. Accordingly, potential arbitration awards would be unenforceable in the EU, and damages can be reimbursed for the maximum amount of the granted loan and for a maximum period of 16,5 years (taking into account a sunset clause of 15 years following the termination of the Belgian-Russian BIT). Belgium insists on a longer period and a higher amount, since the expected damages claims will also include the legal

costs of the procedure, interests, investment opportunity costs and a quantification of the financial impact to the Central Bank of Russia.

Third, Belgium wants all Member States holding Russian sovereign assets to be part of the scheme, and not only Euroclear as initially suggested. This was the main message of Bart De Wever's "KFC speech" before the October Copenhagen European Council meeting. The latest proposals of the Commission go in this direction, including also €25 billion of immobilized Russian state assets held in private bank accounts in France, Germany, Belgium, Sweden, and Cyprus, in addition to €140 billion held at Euroclear.

When presenting the Reparation Loan scheme on 3 December 2025, Commission President von der Leyen claimed that "we have listened very carefully to Belgium's concerns, and we have taken almost all of them into account in our proposal that is on the table."

Belgian Foreign Minister Maxime Prévot quickly denounced those claims and repeated Belgium's official position that the envisaged scheme entails too many risks and is, therefore, "fundamentally wrong". Whereas certain risks may be covered in legal texts, others, such as the long-term impact on the trustworthiness of Euroclear and the European financial markets as a whole, are almost impossible to address in legal terms.

What now?

The European Council has committed to addressing Ukraine's pressing financial needs at its next meeting on 18 December 2025. Formally, the European Commission presented two potential solutions: EU borrowing at the capital markets or the Reparations Loan scheme. In practice, there is a clear pressure to proceed with the latter option. The idea of using Russian state assets is attractive since it makes Russia pay for its blatant violation of international law. Moreover, it does not have any immediate negative effects on the Member States' debt or on the EU budget, and – not unimportantly – the Commission designed a scheme that can be adopted by qualified majority voting in the Council. However, its legal foundations are not uncontested and involve long-term financial

risks. Whether the Belgian concerns are inflated, as some colleagues argue, or justified, the fact remains that the proposal touches upon vital national and European interests.

The Commission's proposed alternative, the issuing of Eurobonds, is procedurally more difficult (subject to the unanimity requirement) and involves (interest) costs. Hence, the current conundrum reflects a classical trilemma in the sense that it is simply impossible for the Union to (i) finance Ukraine (ii) without making any additional costs or risks and (iii) on the basis of an uncontested legal basis. Under the given circumstances, though political decisions are to be made at the forthcoming European Council meeting, where the Member States' solidarity with Ukraine and with each other will – once again – be tested.

Simon Geiersbach

Eingefroren, aber nutzbar

Warum ein Reparationsdarlehen eine Alternative zur Konfiskation russischen Zentralbankvermögens ist

doi: 10.59704/b88322f328597cdb



Die Europäische Union (EU) diskutiert seit Wochen darüber, die Ukraine mit eingefrorenem russischen Zentralbankvermögen zu unterstützen. Im Zentrum steht dabei die Idee eines EU-Reparationsdarlehens, das den eigenen Haushalt entlasten und gleichzeitig eine unliebsame Konfiskation vermeiden soll. Entgegen vorgebrachter Bedenken ist eine völkerrechtskonforme Konstruktion unter reduzierten Haftungsrisiken möglich.

Eine finanzielle Bestandsaufnahme

Mit etwa **210 Mrd. Euro** befindet sich der Großteil des weltweit eingefrorenen russischen Zentralbankvermögens in der EU. Der belgische Zentralverwahrer Euroclear verwaltet rund **194 Mrd. Euro**, nunmehr in Form von Barvermögen. Normalerweise würde die Zentralbank als Gläubiger dieses Geld sofort reinvestieren oder abziehen. Das seit Ende Februar 2022 intakte **Transaktionsverbot** (das „Einfrieren“) verhindert jedoch genau das, wodurch es zur Akkumulation der Gelder kommt. Euroclear ist **regulatorisch** dazu **angehalten**, dieses Barguthaben zu reinvestieren, um Kreditrisiken zu minimieren.

Infolge der regelmäßig generierten Erträge steigen die verwalteten Barbestände damit kontinuierlich an. Die Gelder sind Teil eines einzigen und unteilbaren Girokontos bei Euroclear, dessen Unterteilungen allein buchhalterischen Zwecken dienen. Konkret folgt aus den allgemeinen Vertragsbedingungen sowie aus dem belgischen und europäischen Rechtsrahmen, dass das russische Barvermögen eine Buchposition Euroclears darstellt, welche bloß schuldrechtliche **Forderungen** begründet. Russland stehen damit keine Eigentums-

rechte an dem Barguthaben selbst zu, was auch die Kommission **annimmt**.

Vorläufermodell

Bereits jetzt wird auf die sanktionsbedingten Erträge der eingefrorenen Gelder zugegriffen. Art. 1 (1) der Verordnung 2024/1469 sieht vor, dass 99,7 % der mittels des eingefrorenen Zentralbankvermögens generierten Mehreinnahmen abzuschöpfen sind, indem Zentralverwahrern wie Euroclear eine halbjährliche Abgabepflicht auferlegt wird. Angestoßen durch ein gemeinsames **Konzeptpapier** der G7-Staaten beschloss die EU mit der Verordnung 2024/2773, dass die so abgeschöpften Erträge anteilig zur Sicherung darlehensbasierter Finanzhilfen an die Ukraine in Höhe von etwa 18 Mrd. Euro genutzt werden (sog. *macro-financial assistance loans* (MFA-Darlehen)). Das MFA-Darlehen ist der Beitrag der EU zu den Darlehenshilfen der G7-Staaten, die sich insgesamt auf 45 Mrd. Euro **belaufen**.

Die Finanzierung der Darlehen stellt die Kommission durch die Aufnahme von Krediten sicher. An dieser Stelle kommen nun die abgeschöpften Erträge ins Spiel. Bei Rückzahlung der MFA-Darlehen sowie der bilateralen Darlehen greift eine Kaskaden- bzw. Wasserfallstruktur: auf der ersten Stufe sind allein jene abgeschöpften Erträge heranzuziehen. Erst wenn diese nicht ausreichen, ist auf weitere Rückzahlungsmöglichkeiten zurückzugreifen, ehe die Ukraine selbst haften würde. Eine Einstandspflicht der Mitgliedstaaten ist hingegen nicht vorgesehen; vielmehr begnügt sich die EU in Erwägungsgrund 30 mit einem Hinweis

auf außerordentliche Haushaltsgarantien im Mehrjährigen Finanzrahmen.

Die Konstruktion des Reparationsdarlehens

Die Idee des Reparationsdarlehens geht dagegen noch einen Schritt weiter und nimmt das eingefrorene Stammvermögen selbst in den Blick. Wie sich der bisherigen Diskussion (siehe etwa [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) und konkret dem Kommissionsentwurf entnehmen lässt, lässt sich die anvisierte Konstruktion wie folgt herunterbrechen: Die zunächst verwendete **Bezeichnung** als *tailored debt-contract* findet sich im Kommissionsentwurf als *debt instrument* wieder. Hiernach wird die Kommission ermächtigt, das Barguthaben insbesondere von Zentralverwahrern wie Euroclear zu leihen, vgl. Art. 23 (1) i.V.m. Art. 4 (1) (a). Der Wortlaut („empowered [...] to borrow“) erinnert stark an die Finanzierung der MFA-Darlehen sowie an die **Kreditermächtigung** hinsichtlich *Next Generation EU* (NGEU). Es handelt sich allerdings nicht um gewöhnliche Kreditaufnahmen wie die konkreten Parameter des *debt instruments* in Art. 23 (2) nahelegen. Die so generierten Mittel sind der Ukraine als Darlehen zur Verfügung zu stellen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Ukraine rechtsstaatliche Garantien achtet und Korruption bekämpft, kombiniert mit einer Kontrolle des finanziellen Bedarfes, Art. 5 (1, 2). Vorbehaltlich des tatsächlich verwalteten Barvermögens wird der maximale Gesamtbetrag von 210 Mrd. Euro progressiv bis Ende 2030 zur Verfügung gestellt, Art. 4 (1). Allerdings sollen hieraus zugleich die bisherigen Darlehenshilfen rückgezahlt werden, Art. 10 (2).

Der Entwurf des Reparationsdarlehens **unterscheidet** sich von dem obigen MFA-Darlehen primär dadurch, dass Euroclear bislang anhand eigener Richtlinien das russische Vermögen mittels Einlagen bei der EZB (re-)investiert hat, die EU nun aber vorschreiben würde, wie das Geld anzulegen wäre. Zudem begrenzt sich die Kreditaufnahme der EU auf eine zugeschnittene Schuldverschreibung bloß gegenüber bestimmten Finanzinstituten, womit nicht nur die Verwendung, sondern auch die Beschaffung der Gelder zweck- und gegenstandsbezogen ist. Die zumindest quantitative Einbindung der vormalig russischen Vermögenswerte

in das Reparationsdarlehen dient somit nicht als bloße **Sicherheit**.

Darüber hinaus bleibt ein finaler Entzug der zugrundeliegenden russischen Vermögenswerte weiterhin möglich. Konkret könnte die Rechtsgrundlage des Reparationsdarlehens ein sog. *set-off*-Verfahren als weiterführende Handlungsoption umfassen. Die **Konstruktion** lässt sich vereinfacht als Verrechnungs- bzw. Aufrechnungslösung beschreiben: Zunächst stellt die Ukraine der EU als Darlehensgeberin ihre Forderungen gegenüber Russland als Sicherheit. Kommt es nun zur Rückzahlungspflicht an Euroclear, kann die EU in eben diese Sicherheit vollstrecken, sodass die Kompensationsforderungen auf sie übergehen. Infolge der somit hergestellten Gegenseitigkeit zu der Forderung Russlands auf Rückzahlung der eingefrorenen Vermögenswerte kann es zur Verrechnung kommen. Rechtlich zweifelsfrei ist diese Option gleichwohl **nicht**; der Kommissionsentwurf geht hierauf gar nicht erst ein. Vielmehr steht der Entwurf ganz im Zeichen der Prämisse, sauber zwischen Ansprüchen und Barvermögen zu trennen und Ersteres nicht anzutasten.

Eine völkerrechtskonforme Gegenmaßnahme?

Wie bereits gegenüber einer möglichen Konfiskation eingewandt, muss sich jedoch auch ein Reparationsdarlehen daran messen lassen, ob es rechtlich zulässig ist.

So weist etwa **Buatte** darauf hin, dass Eigentumsrechte Russlands beeinträchtigt werden könnten. Die **Miteigentumsrechte** an den ursprünglich gehaltenen Sicherheiten wirken jedoch nicht für das nun bestehende Barguthaben fort. Überdies findet sich in den Vertragsbedingungen Euroclears der Hinweis auf eine mögliche Beeinträchtigung von Vermögenswerten durch die Befolgung etwaiger Sanktionsanordnungen; ein schutzwürdiges Vertrauen Russlands erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig.

Denkbar ist hingegen eine Verletzung der Staatenimmunität, die – jedenfalls bei analoger Anwendung oder im Wege einer interpretativen Erweiterung – auch gegenüber formell nicht gerichtlichen Maßnahmen greifen könnte. Gleichzeitig ist es nicht das bei

Euroclear verbuchte Barvermögen, sondern sind es vielmehr die zugrundeliegenden Ansprüche Russlands gegen Euroclear, die Immunitätsschutz genießen, womit allein das Einfrieren selbst als Verletzungshandlung in Frage kommt. Überdies ließe sich auf weitere Völkerrechtsnormen zurückgreifen, um eine Schutzlücke der Immunität zu schließen.

Auch wenn eine Verletzung von Völkerrecht damit jedenfalls möglich scheint, muss eine völkerrechtliche Betrachtung jedoch auch das Verhalten Russlands einbeziehen. Die **Völkerrechtswidrigkeit** des russischen Angriffskrieges ist unstrittig. Hinzu kommt, dass die bislang unterlassenen Reparationsleistungen selbst eine (sekundärrechtliche) Völkerrechtsverletzung begründen. Die primär verletzten Pflichten stammen aus sog. *ius cogens* Normen und gelten *erga omnes*, also gegenüber der gesamten Staatengemeinschaft. Insbesondere dieser Umstand trägt die (wenngleich **nicht unumstrittene**) Annahme, dass auch andere Staaten als die Ukraine – sog. Drittstaaten – zu Gegenmaßnahmen greifen können. Gemeint sind hiermit Handlungen, die unter bestimmten Voraussetzungen nicht völkerrechtswidrig sind (Art. 22, 49 ff., 54 *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*). Damit auch das Reparationsdarlehen hiervon umfasst ist, muss es sich um eine temporäre und weitestgehend reversible Maßnahme handeln.

Euroclear schuldet die Rückzahlung einer bestimmten Summe; das russische Vermögen ist kein identifizierbarer Gegenstand. Dieser Anspruch als „**Vermögensstamm**“ besteht fort, wenn Euroclear, wie üblich, einen Teil des verwalteten Barguthabens in Wertpapiere umschichtet. Die Sicherheiten des *debt instrument* fungieren damit faktisch als eine Art Platzhalter für das weitergeleitete Barvermögen, das substanziell erhalten bleibt. Im letzten Satz von Art. 23 (2) des Kommissionsentwurfs ist gar von einer Einordnung als bargeldähnlich die Rede.

Einen weiterhin flexiblen Zugriff auf die verwahrten Vermögenswerte ließe sich dadurch erreichen, dass die Rückzahlungspflicht unmittelbar durch ein *Entfrieren* der Gelder ausgelöst wird. Damit stünde das Reparationsdarlehen, wie auch das **Transaktionsverbot**, unter der auflösenden **Bedingung**, dass Russland den

Angriffskrieg beendet und Wiedergutmachung leistet. Dieser Umstand hält Russland weiter dazu an, auf den Boden des Völkerrechts zurückzukehren. Allein die faktische Anmaßung der Verfügungsbefugnis durch die EU ändert nichts an der rechtlichen Zuordnung der Gelder. Andernfalls müsste auch das Einfrieren bereits als konfiskatorisch qualifiziert werden; ein Vorwurf, wie ihn selbst Russland nicht erhoben hat. Ebenso wie bei blockierten Transaktionen ist damit auch das Reparationsdarlehen hinreichend reversibel. Eine dezentrale Durchsetzung völkerrechtlicher Reparationspflichten würde somit vermieden werden, die EU würde sich nicht der Rolle des Internationalen Gerichtshofes oder des Sicherheitsrates anmaßen.

Haftungsrisiken

Dennoch ist die Idee nicht frei von Haftungsrisiken, sowohl in Bezug auf die Schuldverschreibung etwa gegenüber Euroclear als auch in Bezug auf den bloß gehemmten Rückzahlungsanspruch Russlands. Neben den eher geringen rechtlichen Risiken, etwa dass die gegenwärtigen EU-Sanktionen gerichtlich aufgehoben werden oder es zu **Schadensersatzklagen** Russlands kommt, besteht vor allem ein politisches Risiko, denn geopolitische Interessen in der EU verlaufen heterogen. Doch auch dieses Risiko wird reduziert. Nachdem **bislang** eine einstimmige Verlängerung der Sanktionen erforderlich war, sollen die russischen Vermögenswerte nun auf **unbegrenzte Zeit** eingefroren werden.

Gleichwohl müssen adäquate Mechanismen bereitstehen, um eine jederzeitige Rückzahlung der Gelder zu gewährleisten. Der Kommissionsentwurf berücksichtigt dies. Vorrangig und idealerweise erfolgen freiwillige russische Kompensationszahlungen, womit sich Russland faktisch *freikaufen* würde. Unterbleibt dies, sollen nationale Garantien bereitstehen. Diese sind zugleich eine Bedingung für korrespondierende Auszahlungen des Darlehens, Art. 4 (1) (b). Darüber hinaus kann die EU zu liquiditätssichernden Maßnahmen greifen, die allerdings zunächst bloß der Erfüllung der nationalen Garantien dienen sollen.

Potenziell brisant ist die Ausgestaltung der nationalen Garantien im Kommissionsentwurf; ihre Notwendigkeit folgt aus dem bereits **ausgereizten** EU-

Haushalt. Die Haftungssummen sollen sich am jeweiligen Bruttonationaleinkommen der Mitgliedstaaten orientieren, Art. 25 (3), womit insbesondere der Sorge Belgiens vor ungeklärten Haftungsquoten hinreichend Rechnung getragen wird. Auch ein unvorhersehbares, gesamtschuldnerisches Haftungsrisiko für die Mitgliedstaaten geht hiermit nicht einher (vgl. auch BVerfGE 164, 193 Rn. 202, 213 ff.). Überdies dienen die bilateralen Garantien bloß der Überbrückung, da sie mit dem kommenden Mehrjährigen Finanzrahmen durch unionale Garantien abgelöst werden sollen, Art. 26 (f) i.V.m. Art. 4 (5). Damit soll die Liquiditätssicherung ab 2028 vollständig in den EU-Haushalt integriert werden. Es handelt sich zwar um keine „Vorleistung“ der EU *à la* MFA-Darlehen, jedoch entstünden wohl eigenmittelbasierte Rückstellungen für die Eventualverbindlichkeiten.

In Anlehnung an die Konzeption der 750 Mrd. Euro umfassenden Kreditemächtigung im Rahmen von NGEU zeigt sich hierin die konsequente Fortführung der spätestens seit der COVID-19-Pandemie etablierten Krisen-Architektur in Form kollektiver Einstandspflichten. Während dort die Rückzahlung der bis zu 750 Mrd. Euro aufgenommenen Kredite jedoch definitiv ist, hängt die Rückzahlung der 140 Mrd. Euro an Euroclear kumulativ von unterbleibenden Kompensationszahlungen Russlands, einer rechtlich oder politisch bedingten Freigabe der Gelder sowie von einem Verzicht auf das *set-off* Verfahren ab.

Insgesamt bereitet das Reparationsdarlehen damit keinen Weg in eine „Schuldenunion“ – es geht vielmehr um die finanzielle Entlastung der EU mittels eines temporären und krisengebundenen Instrumentes.

Ausblick

Im Ergebnis kann die Konstruktion des Reparationsdarlehens die rechtlichen und finanziellen Risiken zwar nicht völlig ausschließen, aber weitestgehend minimieren. Die Kombination mit einem potenziellen *set-off* Verfahren wäre wünschenswert, da es ein Spielen auf Zeit ermöglicht: Das eingefrorene Vermögen kann weiter als Hebel in Friedensverhandlungen eingesetzt werden, die Handlungsoptionen werden offengehalten

und eine wünschenswerte Legitimation der russischen Kompensationspflichten durch internationale Gerichte wird wahrscheinlicher.

Gleichzeitig zeigt die Dissonanz von rechtlichem Können und tatsächlichem Handeln auf, dass es letztlich vom politischen Willen abhängt, ob rechtliche Risiken eingegangen werden. Es bleibt zu hoffen, dass die EU einen Meilenstein schaffen wird, der das Völkerrecht respektiert und seine Geltung demonstriert. Ein Reparationsdarlehen kann diesen Balanceakt bewältigen.

Jasper Krommendijk, Lina Sophie Möller

A Divided Response to Migration

On the Council of Europe's December Meeting

doi: 10.59704/0370256fcf8282fd



On 10 December, the [Council of Europe \(CoE\) ministers met](#) to discuss proposals that could potentially recalibrate the treatment of migration-related issues under the European Convention on Human Rights (ECHR). This meeting deliberately shifted a debate that had been unfolding in political arenas for months onto the Council's formal institutional stage.

The CoE now finds itself caught between, on the one hand, states driven by internal security concerns and seeking greater discretion, and, on the other hand, the demanding task of upholding the Court's role as an independent interpreter of the Convention. While the formal [conclusions](#) call, in diplomatic terms, for a political declaration to be prepared for adoption in May 2026, a separate [joint statement](#) of 27 States Parties reveals a harsher line, illustrating the CoE's internal divisions.

The lead-up

Pressure to reshape the human-rights framework on migration has been mounting for several years. A narrative has gained traction that the European Court of Human Rights (ECtHR) has developed an overly expansive body of migration-related case law detached from the object and purpose of the Convention – an allegation that oversimplifies the [actually not so linear case law](#) of the Court.

At the same time, several states have invoked national security and the challenges of irregular migration to justify increasingly forceful border management and deportations. These arguments have been paired with growing calls for the Court to adopt a more deferential, [context-sensitive approach](#) that would effectively lower states' obligations. How far the

Court will accommodate such reasoning remains uncertain. The forthcoming [Grand Chamber judgments](#) concerning the “instrumentalisation” of migration at the Belarus–EU border are widely viewed as [pivotal](#) in assessing whether claims of a “migration crisis” justify a lower standard of protection.

This trend was further crystallised in May, when nine EU member states issued a widely debated [open letter](#), initiated by Italy and Denmark and notably at the [highest political level](#). The nine signatories voiced concern about what they perceive as an overly expansive interpretive practice of the Court and argued for greater state discretion in migration matters. While the letter is framed as a call for balance, it effectively [questions the Court's authority](#) over states' treatment of migrants. This reading appears to have been shared by CoE [Secretary General Alain Berset](#), who responded promptly: “Upholding the independence and impartiality of the Court is our bedrock.”

Meeting on International Human Rights Day

The informal meeting on 10 December was convened by Berset to channel the highly charged political debate outlined above into the “[appropriate institutional avenues](#)”. In essence, its purpose, as stated in the [press conference](#), was to initiate a structured process of political negotiation over how the Convention system should operate in the face of complex and increasing migration pressures.

Expectations surrounding the meeting were high. The [European Network of National Human Rights Institutions](#), the [Meijers Committee](#), and the [AGORA Group](#) had all issued detailed statements in advance, cautioning against efforts to broaden state discretion

at the expense of human rights protection and the authority of the Court. The Court itself was not present at the meeting, in contrast to some previous High-Level Conferences. It did, however, contribute indirectly by publishing a [factsheet](#) showing that immigration applications accounted for only 1.5 per cent of all applications, while violations are found in only six per cent of these cases.

From nine to twenty-seven, but growing ambiguity

The document that attracted the most attention was not the formal, consensual conclusions adopted at the meeting, but a separate [joint statement](#) issued by 27 states. Written in a more [confrontational tone](#), the statement asserts, for example, that “the [...] freedoms of our populations are challenged by people who take advantage of our hospitality by committing serious crime”. The statement provides a window into the likely heated debate behind the scenes. Although 19 states continue not to support the statement, including sizeable states such as Turkey, Germany, France, Spain, Portugal and Greece, the growing support for the Italian-Danish initiative underscores further polarisation.

Whereas the May letter directly [targeted](#) the Court, criticising it for having “extended the scope of the Convention too far as compared with the original intentions”, the joint statement pleads formal loyalty to it while offering more subtle criticism, highlighting in particular the need to reform the interpretation of Articles 3 and 8 ECHR.

After mentioning five immigration challenges, the statement confusingly “refers” to the importance of key principles in the interpretation and application of the ECHR, such as subsidiarity, proportionality, *de minimis* and the living instrument doctrine. It is far from clear what this mere “reference” is intended to entail in concrete terms.

In light of all this, the affirmation that the joint statement aims to develop “an adequate response to protect the Convention system from attempts to distort and weaken it” seems paradoxical.

Misconstrued challenges

The statement also feeds into three buzzing narratives. It holds that “the rights and freedoms of our populations are challenged by: people who take advantage of our hospitality by committing serious crime; trafficking in human beings; and the instrumentalisation of migrants.” Each of these three claims merits closer scrutiny.

First, the focus on criminality is unsurprising given [recent debates](#), but it seems a misplaced starting point for the states’ broader aim of limiting migration flows. After all, the vast majority of individuals protected under the Court’s “far-reaching” migration case law at Europe’s borders are not offenders, nor do they [statistically](#) turn into such upon arrival. And even if they were, human rights are not constructed as rights that can be [forfeited](#).

Second, migrant smuggling is not a threat *to* the system but a threat generated by the current European migration scheme. In the absence of safe and accessible legal pathways, smugglers often become the [only available means](#) for people to reach Europe. Weakening human-rights protections will not diminish smuggling.

Third, the challenge of “instrumentalisation” originates with states such as Russia or Belarus, not with the migrants caught in these geopolitical manoeuvres. Any effective response must [target the actors engaging in instrumentalisation](#) and should thus not be addressed under the human rights framework.

The discussion of these challenges illustrates that arguments relied on in the debate frequently misrepresent the Court’s immigration case law, as also noted by [Ní Chinnéide and Sevrin](#), the [CCBE](#), or the [Meijers Committee](#).

The ambiguity of the conclusions

By contrast, the [conclusions](#) that were adopted by consensus employ a notably more diplomatic tone – so much so that it is difficult to discern what substantive direction the process is now expected to take. They reflect an effort to navigate a contested political landscape without falling on either side.

The first operative paragraph, in particular, seeks to accommodate competing concerns without articulating any real path to reconciliation. It invites the Committee of Ministers to: “prepare a draft political declaration reaffirming the obligation to ensure the effective enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention to everyone within the jurisdiction of member states in the context of the contemporary challenges posed both by irregular migration and by the situation of foreigners convicted of serious offences, taking duly into account in particular governments’ fundamental responsibility to ensure national security and public safety”.

This duality involving security and human rights also appears in the recitals. It is of utmost importance that the conclusions underline the Convention’s scope of application “to everyone within the jurisdiction” (Article 1), but the joint statement casts doubt on the sincerity of this pledge since it aims to exclude or at least lower the protection for migrants to address the highlighted challenges.

The ministers further [instructed](#) the Steering Committee for Human Rights (CDDH), consisting of high-ranking government experts in human rights and civil society organisations as observers, to report back before 22 March 2026 in order to facilitate adoption at the formal CoE [Ministerial Meeting in Moldova](#) on 14-15 May 2026. The conclusions also call for the drafting of a new recommendation on migrant smuggling.

The aftermath

What is clear is that the idea of drafting a [17th Additional Protocol](#) – the only [formal route](#) to amend the Convention – has been put on hold, at least for now, as confirmed in the press conference.

This does not mean that concrete effects are not to be expected. The Court is generally responsive to political declarations and such texts impact its decision-making, as research has shown (see [Berset](#), [Donald and Forde](#) and [Glas](#)). In any event, the outcome of the meeting is unlikely to quell the debates, particularly in the [United Kingdom](#), about a possible withdrawal from the Convention system.

In our view, it is positive that the political dialogue takes place within the institutional framework of the CoE rather than in Europe’s back rooms. The [rhetoric](#) highlighted in this post, often from the highest political level, is, however, a reason for caution. While we do not aim to simply “brush aside” different viewpoints, as rightly [cautioned](#) against, we think that the discussion should be held on the basis of sound and substantial arguments. The CDDH will hopefully provide a solid factual basis with an accurate depiction of the Court’s case law.

It remains to be seen which voices will eventually prevail in the declaration. In any case, the December meeting underscores that the CoE faces a delicate challenge, where states’ claims of seeking “balance” may mask attempts to further limit migration flows at the expense of human rights.

Hannah Pütter, Salvo Nicolosi

The Ghost of Dublin Still Among Us

Implementing Solidarity under the New European Pact on Migration and Asylum

doi: 10.59704/20c08036e728c3b1



On 11 November, the European Commission inaugurated the [first Annual Migration Management Cycle](#) by publishing its [Implementing Decision](#) under Article 11 of [Regulation \(EU\) 2024/1351 on Asylum and Migration Management \(RAMM\)](#). This marks one of the first concrete steps toward implementing the New Pact on Migration and Asylum, [adopted in May 2024](#). The RAMM can be considered the direct descendant of the [Dublin III Regulation](#). The latter was put to the test during the [migratory pressure of 2015](#), stressing its asymmetrical and unfair allocation of responsibilities over asylum applications for frontline States, which triggered extensive secondary movements.

The [New European Pact on Migration and Asylum](#) promises a renewed balance between solidarity and responsibility, but the [details matter](#). Whereas a final evaluation might be too early at this stage, the Commission's recent Implementing Decision already raises some concerns on whether the new framework will deliver in shaping a fair and effective system of burden-sharing. Several implementation choices risk reinforcing existing dynamics of distrust between the Member States that also negatively affect fundamental rights obligations and access to asylum.

Classifying migratory pressure and determining solidarity needs

The Annual Migration Management Cycle consists of several interlinked stages. First, the [Annual Asylum and Migration Report](#) (Article 9 RAMM) aggregates information, including data on irregular border crossings, asylum applications and search-and-rescue operations, submitted mainly by Member States and EU

agencies, such as [Frontex](#). Relying on a specific [methodology](#), these indicators allow the Commission to classify the type of “migratory pressure” in each Member State through an Implementing Decision. This classification influences the type of support the Member States are entitled to as well as their obligations to contribute to the Solidarity Pool. The Commission then proposes a Council Implementing Decision to establish the Annual Solidarity Pool, which contains the set of solidarity contributions (relocations, financial contributions and alternative measures such as operational support) to be allocated in accordance with Member States' solidarity needs (Article 56 and 57 RAMM). It is worth recalling that, whereas Member States have some flexibility in choosing the form of their contributions, according to Article 12 of the RAMM, the Solidarity Pool must consist of at least 30,000 relocation places and 600 million euros of financial contributions. However, the Council has just reached a [political agreement](#) undercutting these numbers for 2026 (“21.000 relocations or other solidarity efforts or EUR 420 million financial contributions”), a formal decision still to be awaited.

The [Implementing Decision](#) identifies four Member States, namely Cyprus, Greece, Italy and Spain, as being under “migratory pressure” (Annex I), meaning that high arrival numbers put a disproportionate strain on their asylum, reception and migration systems, which requires immediate action (Article 2(24) RAMM). These countries should benefit from the Solidarity Pool from mid-2026. A second group, including Bulgaria, Croatia, Czechia, Estonia, Austria and Poland, is classified as “facing a significant migratory

situation” (Annex II). Their migration systems remain functional overall, but due to having managed high arrival numbers in the past (Article 2(25) RAMM), they are not required to contribute to the Solidarity Pool. A third category of twelve Member States, including Belgium, Germany, Ireland, Finland, France and the Netherlands, as well as Latvia, Lithuania and again Bulgaria, Croatia, Estonia and Poland, is considered “at risk of migratory pressure” (Annex III). They should have priority access to the Permanent EU Migration Support Toolbox, a set of operational, technical and financial support measures, set out in Article 6 RAMM. Whereas the strains on these countries are already high but not yet disproportionate, they might not be able to absorb further arrivals driven by the [instrumentalisation of migrants \(as seen at the EU-Belarus border\)](#) and, notably, also by persistent difficulties in carrying out transfers to the States responsible for the respective asylum applications.

Balancing solidarity and responsibility

Whereas the new regulation mostly retains the features of the existing “Dublin” system, the attempt to link the criteria for determining the Member State responsible with the set-up of the Annual Solidarity Pool clearly aims to strike a balance between responsibility and solidarity.

Yet, for the Commission, such a balance also entails that solidarity contributions may be withheld in cases of “systemic shortcomings” in the compliance of benefitting Member States in applying the Dublin rules and accepting transfer requests. In addition, benefitting Member States are [also expected](#) to increase their efforts to prevent secondary movement and effectively protect external borders. This mirrors demands that the Belgian and Dutch Ministers brought forward in their [letter](#) to Commissioner Brunner before issuing the Implementing Decision. They view “full compliance with the Dublin system” as a “prerequisite” for the Annual Solidarity Cycle and push for “substantial progress [...] on Dublin transfers.” It’s hard not to see that as pointing the finger at frontline Member States such as Italy, which has even [suspended take-back procedures](#) as of 2022. This [dynamic](#) is familiar: from

2015 onwards, Northern states accused (not without substantial grounds) the Southern states of incentivising secondary movements while the latter complained about a structural overburdening and a lack of support. Admittedly, resolving the connection between solidarity and responsibility may amount to a chicken-and-egg dilemma.

However, it seems that the setup of the new framework has the wrong focus. Given that non-compliance with the Dublin obligations is largely the result of a [lack of capacities](#), conditioning solidarity on full compliance will not solve the problem but rather reinforce it.

Moreover, this dynamic also has serious fundamental rights implications. Many remember the [suspension of Dublin transfers](#) to Greece, due to “[systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions](#).” This raises the crucial question of whether this would amount to a failure to fulfil responsibilities under the Dublin system that justify withholding solidarity measures, risking a vicious cycle and intensifying the precarious fundamental rights situation. On the other hand, this could mitigate the issue that Member States did not have any real incentive for improving their fundamental rights situation so far, because their [non-compliance relieves them](#) from their obligations in some cases. In practice, only a very careful and nuanced approach will bring positive results. Also, a too rigid application of conditionality within the solidarity framework will likely increase incentives for frontline Member States to further restrict access to the territory for asylum seekers, to avoid acquiring responsibilities in the first place.

The case of Germany

The classification of Germany as a country at risk of migratory pressure is another example of how responsibility and solidarity interact under the new framework. As [reported by German media](#), the Commission’s assessment suggests that Germany might receive a partial exemption from solidarity obligations due to its high share of asylum applications in recent years. Looking at the actual wording of the

Implementing Decision, the Commission notes that challenges linked with secondary movements may be addressed by “acknowledging the possibility of applying responsibility offsets to these cases as part of the solidarity contributions” (preamble, para. 12).

The German Federal Minister of the Interior, Alexander Dobrindt, appeared to be satisfied: he stated that, as high burdens on his country have been acknowledged, Germany is willing to contribute to the “[solidarity of the future](#).” The treatment of Germany also reflects Belgian and Dutch demands not to lose sight of “[existing challenges caused by the medium- and long-term effects of secondary movements](#).”

The problem with this line of argument is, however, that it uses existing structural deficiencies to justify new exemptions while reducing the resources to address their root causes. As explained above, secondary movement often stems from uneven responsibilities in the first place and limited capacities in frontline Member States. Exempting some States due to past non-compliance by others therefore inverts the logic required to address these imbalances, much like making solidarity contributions dependent on full compliance in the future. This points to the deeper structural problem: the persistent distrust between frontline and Northern states, developed through years of disagreements over secondary movements, responsibility-sharing and compliance. As some of the new legal provisions appear to translate this distrust directly into the structure of the scheme itself, restoring mutual trust as the foundation of solidarity must become a central focus of the Commission’s role in implementing and monitoring the framework effectively.

Conclusion

The Commission’s Implementing Decision provides the first concrete glimpse of how the New Pact’s solidarity architecture will operate in practice. Yet the analysis above suggests that, despite the promise of a [fresh start](#), some structural issues remain very much alive. While the tailored allocation of solidarity contributions is a positive step, the continued reliance on traditional responsibility criteria nonetheless repro-

duces familiar patterns of uneven burden-sharing. Furthermore, by tying access to support to compliance with responsibilities that some Member States are structurally unable to fulfil, the framework threatens to trigger a vicious cycle of non-compliance, reduced solidarity, and further pressure on fundamental rights.

More importantly, distrust between frontline and northern Member States, inherent in the design and implementation of the legal framework, keeps the New Pact’s solidarity model precarious and unfit for a truly fair system of shared responsibility.

Rebecca Stern

When Permanent Turns Temporary

Recent Developments in Swedish Migration Policy

doi: 10.59704/fbf872121fec57ac



In late September 2025, a Swedish government commission of inquiry presented a [proposal](#) that would fundamentally alter the legal position of thousands of people with protection status: a new law revoking permanent residence permits previously granted on asylum-related grounds. The law, intended to enter into force on 1 January 2027, would require affected individuals to obtain Swedish citizenship, qualify for a temporary residence permit, or ultimately leave the country. Although the proposal is only at the beginning of the legislative chain, it has already stirred attention due to its retroactive nature and the potential impact on large groups of individuals. Retroactive revocation effectively turns “permanent” into “until further notice”, destabilising the legal status of non-citizens and reflecting a prioritisation of state control over individual rights.

This contribution provides a brief account of the proposal and situates it within the ongoing paradigm shift in Swedish asylum and migration policy. It highlights concerns regarding legal certainty, predictability, and proportionality.

The proposal in short

The primary aim of the proposal is to “establish a system under which asylum-related residence permits, including residence permits granted to asylum seekers who are not in need of protection, are temporary and lead to Swedish citizenship, return, or repatriation” (p. 77) but also “to induce more of the individuals concerned to want to acquire Swedish citizenship” (p. 15).

To achieve this, the proposal would revoke permanent residence permits granted on asylum-related

grounds and permits for dependants. It would replace them with temporary residence permits if the individuals meet the requirements in the [Aliens Act](#) or the [Aliens Ordinance](#). The question of a temporary permit is to be raised ex officio when the permanent residence permit is revoked. “Asylum-related residence permits” is to be interpreted broadly, including refugee status, subsidiary protection status, resettlement, humanitarian grounds, certain impediments to enforcement of expulsion decisions, non-nationals who have been granted permanent residence permits in accordance with equivalent older provisions, as well as those having been granted permanent residence permits based on various temporary legislation. The proposal also applies to long-term residents under the [EU Long-Term Residents Directive](#).

The proposal lists three exceptions to the main rule of revocation:

1. The person in question has an application or notification of intent to become a Swedish citizen registered with the Swedish Migration Agency on or before 31 December 2026 which has not been finally decided upon.
2. Exceptional reasons exist against revocation, and for applicants aged 15 or older, no doubt exists that they should retain a permanent permit.
3. The Migration Agency has previously made a revocation decision under this particular act, and that decision has gained legal force.

If none of these conditions apply, and the person cannot or does not wish to apply for citizenship, and they are not eligible for a temporary permit, they lose legal grounds to remain in Sweden. Authorities would expect them to leave within a few months of the decision becoming final. Decisions may be appealed to a

migration court. All expulsions must comply with Sweden's public international law obligations as well as applicable EU law. It is estimated in the Inquiry's report that up to 185,000 people could be affected by the new rules, about 16,800 of whom are children (pp. 168-169).

Background and rationale of the proposal

The proposal comes amid broader reforms in Swedish migration policy. The so-called refugee crisis of 2015/2016 was a watershed moment, triggering a shift from a relatively generous migration policy to a [substantially more restrictive one](#). The primary aim of these policy changes was to make Sweden less attractive as a country of asylum. Measures introduced included granting relatively short temporary residence permits to successful asylum seekers instead of the permanent residence permits previously issued, as well as limiting access to family reunification.

Sweden has since, like the rest of the Nordics, continued along this path. In 2022, Swedish migration policy entered a new phase with the [collaboration agreement](#) between the then newly formed conservative-liberal government coalition with the right-wing populist Sweden Democrats. Migration and integration are key areas of collaboration. A core objective of the reforms is to ensure that Swedish asylum law does not exceed EU or international minimum obligations. The government argues that stricter rules are necessary to tackle problems with failed integration, parallel societies, and crime, which it attributes to decades of a generous migration policy. Since 2022, around 40 legislative proposals have been presented in this direction. These concern a vast array of areas and individual topics, including naturalisation, revocation of residence permits, detention, return, deportation, duration of re-entry-bans, "good character" assessments, incentive structures for voluntary repatriation as well as the EU migration pact. While many of the proposals have attracted substantial criticism from stakeholders, so far the critique appears to have had limited effect on the government's (and their support party's) migration project. The Social Democrats, the largest opposi-

tion party and the architects of the 2015/2016 policy changes, now advocate a similar migration policy.

On retroactivity, predictability and proportionality

There is some research indicating that encouraging permanent residents to acquire citizenship could support [integration](#), although the causal effects remain debated. The proposal, however, raises several concerns. First, it applies retroactively, effectively revoking longstanding administrative decisions that previously benefited individuals. A decision granting a permanent residence permit is of great significance for people's life choices and sense of security. Revocation creates insecurity and instability, forcing some to leave a country in which they may have lived for decades or to live under the uncertainty of short-term residence permits [with all that that entails](#). Children may face negative effects, including mental health challenges.

Revocation also challenges fundamental rule of law principles, including predictability, legality, and legal certainty. Legal certainty requires laws to be clear, non-arbitrary and, ideally, non-retroactive so that people can [organise their lives accordingly in a long-term perspective](#).

The government commission of inquiry acknowledges that Swedish administrative law and EU law generally prevent altering favorable decisions to an individual's disadvantage (p. 47). It, however, also argues that neither law prohibits retroactive legislation in this context (p. 53). Moreover, the commission of inquiry holds that EU principles on legitimate expectations do not apply because the relevant directives (the [Qualification Directive](#), the Long-Term Residents Directive) do not mandate permanent permits. It seems clear that in order to justify the revocation, the proposal reflects a controversially [narrow interpretation of key rule of law principles](#) and also takes the stance that what is not prohibited is permissible, an interpretation tailored to accommodate the interests of the state.

A second, related point of concern is the proportionality of the measures suggested. European and Swedish law require that measures be suitable, necessary, and balanced in their benefits and harms. Revoca-

tion of a permanent residence permit, even if it can be replaced by citizenship or a temporary residence permit, is a very intrusive measure with potentially considerable negative personal, social and economic consequences for the individual as well as for the collective. It could result in family separation, threatening the right to private and family life. For such a measure to be necessary, and the harm caused proportionate in relation to the gains, the objective and the interests it satisfies must be of considerable importance. The government's interest in enforcing stricter migration rules may not justify such wide-ranging impacts on up to 185,000 people.

A third concern [raised](#) is that, although the proposal is framed as a way of encouraging more people to become Swedish citizens, it will in practice be very difficult for certain groups. This is because the requirements for obtaining citizenship are simultaneously intended to be [tightened](#), including those relating to financial self-sufficiency and language skills. Another example concerns individuals who are unable to meet the requirement of verified identity for citizenship, which is the case for many Afghans and Somalis with permanent residence in Sweden. This raises the question of whether the true aim of the proposal to revoke permanent residence permits is, rather than increasing incentives to acquire citizenship, to destabilise the legal status of refugees and others in need of protection.

Next steps

Reforms in Swedish migration policy have progressed rapidly in the past three years. Sweden's government seemingly aims to implement as much as possible of the Tidö Agreement agenda before the general elections held in September 2026. The government is thus on a short deadline, which would also apply to those affected by the proposal. Affected individuals would have less than a year to fulfil the conditions of the first exception clause (registration of an application for Swedish citizenship).

The proposal demonstrates how [time](#) serves as a tool to [govern and control migration](#). Abolishing the possibility for certain groups to be granted a perma-

nent residence permit, revoking existing permits and imposing long waiting periods for family reunification or eligibility for citizenship are just a few examples of how time can be operationalised to make a country less attractive for migrants, including asylum seekers, and even to encourage individuals already living in Sweden to leave.

This retroactive revocation is a clear example of how state interests in controlling migration is considered to override the interests of individuals. Finally, regardless of whether the revocation law becomes reality, it signals to residents on asylum-related grounds: you are not welcome to stay.

Adam Ploszka

Money Talks, Discrimination Walks

Anti-immigration Resolutions by Local Governments in Poland

doi: 10.59704/55f8fc1adc416838



Driven by anti-immigration sentiment and supported by government policies, local governments in Poland are currently passing resolutions, targeting the relocation of migrants under the [EU Pact on Migration and Asylum](#). The Polish managing authority and intermediate institutions of European funds responded quickly. Due to the risk of losing EU funds, some of these discriminatory resolutions were repealed shortly after enactment. These swift reactions indicate that, at least in part, some lessons have been learned from the previous involvement of local governments in discriminatory engagement of creating the so-called LGBT-free zones – where it took nearly six years of discrimination until the last free-zone was [repealed](#) only this year. Hence, despite all the big talk about alleged traditions, culture, and other safety concerns, it seems that when money talks, discrimination walks.

Local governments against the Migration Pact and refugee relocation

In March 2025, far-right activists and populist opposition party Law and Justice (PiS), which was in power between 2015 and 2023, drew on anti-immigrant sentiments and [organized anti-immigration protests](#) at the Polish-German border to stop alleged migrant deportations to Poland. The [anti-immigration rhetoric](#) was something that PiS politicians were using very effectively while in power.

Following these protests, some local governments in Poland started to adopt the resolutions against the Pact on Migration and Asylum. Opposition to the Migration and Asylum Pact is primarily related to the solidarity contributions specified therein, especially to relocation of migrants.

Some resolutions contain explicit discriminatory statements. In this context, it is worth mentioning the [Resolution](#) of April 29, 2025, adopted by Tarnogórki County, which justified opposition to the relocation of “illegal immigrants” under the Pact on Migration and Asylum in the following, discriminatory manner:

“We want to make it clear that our concerns do not come from any prejudice against foreigners in general, but are based solely on media reports about the behavior of illegal immigrants in other Western European countries. In these countries, residents are afraid to go out after dark, women are afraid to be in public places, children are afraid to play in playgrounds, and police are hesitant to intervene in many neighbourhoods settled by immigrants. The overrepresentation of illegal immigrants, especially from Africa and the Middle East, in crimes of a sexual nature, against life and health – including those involving dangerous tools – is very concerning. Most of these individuals show little interest in gaining employment or in respecting the laws, traditions, and culture of their host countries, and their presence only adds to the financial burden on those countries.”

Concerningly, resolutions opposing the Pact on Migration and Asylum were not adopted only by local governments, where most local assembly members come from populist right-wing parties. Instead, these resolutions also come from local governments with assembly members affiliated with liberal parties or local movements linked to the current liberal government. In these cases, the motion to adopt a resolution was most often submitted by residents inspired by

populist parties. To avoid rejecting residents' demands, the wording of these resolutions was amended to include support for government policy. The city of Białystok serves as a good example. In a [Resolution](#) of September 29, 2025, the city council, in addition to expressing support for the government's policy, stated:

"The City Council of Białystok strongly opposes the forced relocation of illegal immigrants to our city and advocates for full respect for Poland's right to decide on its own migration policy in the spirit of national solidarity and the safety of its residents."

To complete the picture: these resolutions are not legally binding according to Polish law. They reflect the stance of a specific local government community. The government may or may not consider these positions. Hence, despite their lack of legal power, the main impact of these resolutions is to strengthen discriminatory and xenophobic views in Polish society towards migrants. These attitudes can lead to very real and serious consequences.

In addition, apart from the non-binding resolutions, the actual relocation of migrants to Poland is currently more of a political fiction due to the following two reasons. First, the government [strongly opposes](#) it. Second, on November 11, the European Commission published its first European Annual Asylum and Migration [Report](#) under the Pact on Migration and Asylum. The Commission classified Poland as a country "at risk of migratory pressure." As a result, Poland will gain access to operational and financial support but will not be exempt from solidarity contributions. Hence, at least in the coming year, one cannot expect even an attempt to relocate migrants to Poland.

A change that (did not) happen

To better understand the phenomenon of anti-migration local government resolutions, it is worth outlining the current political and legal landscape in Poland. In 2023, a [major shift took place in Polish politics](#). The populists who had been in power for eight years lost

their parliamentary majority and their ability to form a government. While there are more differences than similarities between populists and the new democratic majority, some factors make the power transition hard to discern. This is especially true concerning migration, particularly across the Polish-Belarusian border.

Arguably the most notable example of this was the Polish government's decision in February 2025 to [suspend the right to asylum](#). The parliamentary majority, working with the populist President, passed a law allowing the government to suspend this right. The day after the President signed this law, the Polish Council of Ministers issued a decree suspending the right to apply for international protection at the border with the Republic of Belarus.

The new democratic majority did not halt the criminalization of humanitarian aid provided to migrants. A high-profile trial of the so-called [Hajnówka Five](#) serves as a good example. This group provided humanitarian assistance to people from the Middle East who had crossed the border irregularly. They were charged with "assistance in the illegal stay of foreigners," facing up to 5 years in prison. In September 2025, the first-instance court [found them not guilty of enabling illegal presence in Poland](#). However, the public prosecutor's office announced it would appeal. The media covered the case, and several non-governmental organizations participated as parties. Despite public pressure, the prosecutor did not withdraw the charges. In this context, it is worth noting that the Prosecutor General, who can issue orders to any prosecutor, is linked in the Polish legal system to the function of the Minister of Justice. Therefore, if the government had been willing to close this case, one could have expected a reaction from the Prosecutor General. However, this did not happen, which indicates that there was no such willingness.

Given these actions, it is not surprising that Polish Prime Minister Donald Tusk was one of the signatories of the [controversial](#) open letter from nine European governments to the European Court of Human Rights. In this [letter](#), European leaders called for a new and open-minded discussion about interpreting the European Convention on Human Rights regarding "irregu-

lar migration” and the possibility to “expel criminal foreign nationals”.

Lessons learned

In April 2025, when the first anti-immigrant resolutions were adopted, the last resolution establishing the so-called LGBT-free zones in Poland [was repealed](#). This marked the end of nearly six years of discrimination against the LGBT community. Many actors contributed to the repeal of these resolutions, with the European Union playing a significant role through [financial pressure related to the risk of losing EU funding](#).

The pressure is now further reinforced by Regulation (EU) 2021/1060 of the European Parliament and the Council of June 24, 2021. Under this Regulation, Article 9 requires that Member States and the Commission ensure respect for fundamental rights and compliance with the Charter of Fundamental Rights of the European Union in implementing the funds. That contributed to some of the resolutions being repealed shortly after their adoption.

This was the case, for example, in Szczecin, which in the [Resolution](#) of June 17, 2025, claimed i.a.:

“The City Council fully endorses the actions of the Coalition Government on October 15 and Prime Minister Donald Tusk, which clearly and unequivocally oppose the idea of relocating illegal immigrants who have arrived in other European Union countries to Poland, including Szczecin.”

Following pressure from the Polish intermediate institution of European funds (*Centrum Unijnych Projektów Transportowych*), i.e. one of the authorities responsible for the administration of European funds in Poland, the Szczecin City Council [repealed](#) this resolution on October 18, 2025.

The same was true for the city of Bielsko-Biała, which adopted a [Resolution](#) on August 28, 2025, objecting to any relocation of immigrants to the city. Bielsko-Biała [repealed](#) its resolution shortly afterward, on October 8, 2025.

Law versus politics

When comparing reactions to resolutions opposing LGBT ideology and migration, the latter received a much quicker response. The experience of institutions managing EU funds proved effective. In debates within local government councils, the primary – if not the only – argument against them was the fear of losing funding for projects, often worth millions of euros. The same argument regarding the risk of losing funds was crucial for the Provincial Administrative Court in Wrocław. At the request of the provincial governor (the government representative in the local government), on 30 October 2025, case ref. IV SA/Wr 521/25, the Court issued an interim measure to suspend the enforcement of a [Resolution](#) adopted by the city of Jawor on May 22, 2025.

Unfortunately, these resolutions did not face as much public resistance as those on LGBT ideology-free zones. It is difficult to find voices such as that of [Ursula von der Leyen criticizing](#) Poland for creating LGBT-free zones or political acts such as the European Parliament’s [Resolution](#) declaring the EU an LGBTIQ Freedom Zone. However, the EU law and the fear of financial consequences for violating it have ultimately influenced the situation in Poland for the better, even though the adoption of the resolutions did not face strong political opposition from either a national or European perspective.

Marc Bovermann

The Limits of Symbolic Regulation

Why the EU Should Not Enforce the DSA (right now)

doi: 10.59704/abccb790b8a300ee



Things are happening in EU platform regulation. On 5 December, the Commission made its [first \(landmark\) decision under the Digital Services Act \(DSA\)](#), which has since sent Elon Musk into a [cursing spree](#), culminating in demands to [abolish the EU](#). The decision against X has even led to interventions by high-level US politicians like [JD Vance](#) and [Marco Rubio](#), who view the DSA (and the Commission's decision) as nothing less than a declaration of war on the US Constitution's First Amendment. The EUR 120 million fine has even led some US legislators to consider implementing a "[civil damages turbolaser](#)", threatening companies with excessive damages claims if they do not abide by First Amendment standards when they use US servers to provide their services. Adding insult to injury, the decision came in the wake of a far-reaching [CJEU ruling in re Russmedia](#), which has been widely criticised for undermining the DSA's safe harbours ([see this excellent analysis by Erik Tuchtfield](#)).

In [its decision](#), the Commission has found that X has facilitated inauthentic behaviour on its platform through the deceptive design of its "blue checkmark". Is this the DSA's "[big enforcement moment](#)"? I argue that it is not. Modifying this design will not enhance trust and safety. X is a controversial service [with a multitude of problems](#) – yet the EU chooses to complain about blue checkmarks. The motivation behind the regulator's actions was not to make very large online platforms more beneficial for society; rather, it was an attempt to assert authority. The decision also highlights that the DSA is caught in a state of arrested development: Without cultivating an understanding of the DSA's most fundamental principles, all enforcement efforts are doomed to fail.

What does it all mean? A very short introduction to verified badges

X's verification system supposedly violates Art. 25 DSA, which prohibits deceptive design practices. The design choice is considered deceptive because every user can subscribe to X's verification service in order to gain the – once sought-after – blue checkmark. The Commission considers the icon to tag users whose identity has been verified by the platform (e.g., [through checking their ID](#)). Under X's subscription scheme, however, the identity of a user is no longer verified – [all you need to do is pay](#). This leads to the argument that users cannot trust the checkmark anymore, as it does not indicate whether someone is who they claim to be. The violation is specific to X, as other providers of online platforms seem to [still verify the identity of a user](#) upon payment of the subscription fee.

Unfortunately, the Commission has not released its reasoning for the decision. However, it does not seem to consider that users who seek to acquire the badge must have "[non-deceptive](#)" [profiles](#), meaning they have to provide a phone number and may not have violated the terms and conditions on inauthentic behaviour, among other requirements. Additionally, X has not abandoned the notion of "verified users" completely: For high-profile users, like politicians and companies, a [separate verification scheme was set up](#).

According to the Commission, X's verification system makes users more susceptible to scams and "malicious actors". The press release does not corroborate this claim: Do users really trust information from non-verified accounts more than verified accounts?

Users often do not know the accounts they are confronted with on their “For You” – pages, whether verified or not, and therefore should remain sceptical of claims made by them. Practically speaking: Why would I give Jane Doe, whom I do not know, my credit card information? Why would I believe her when she claims that migrants commit the majority of violent crimes? Because she has a blue checkmark?

Surely, the real issues seem to lie with accounts which purport to have some sort of power – be it social capital, epistemic authority, or something else. Would I be more likely to click on a link that was posted by someone purporting to be my favourite YouTuber when they have a verification badge? Would I believe someone claiming to work for the US government when they allege China to be responsible for sabotaging the Nord Stream 2 pipeline – because they have a blue checkmark?

If the Commission instead wants to prevent targeted scams, there are more effective ways of achieving this goal than by dictating a specific interpretation of the blue checkmark. If a criminal impersonates my friend, it would often be even more suspicious to have a blue checkmark, as most X users are not verified (only about [2 million users appear to be verified](#), which would equate to less than [one percent of all users](#)). This means that my friend’s real account is likely not verified. If my friend does not have an account on the online platform, it would also be suspicious to purchase a subscription right away. Either way, it would depend on how well the perpetrators imitate my friend, which would make me susceptible to a scam – not the verification badge.

While a blue checkmark may be a first line of defence, it is a rather irrelevant instrument to [stay safe from scam and phishing attacks online](#). In all of the above cases, users are not deceived by the verification badge but by the behaviour of the accounts. Users should be sceptical of what they see online – and online platforms should empower them to question things. In short, the real problem is that I cannot tell inauthentic behaviour apart from real user behaviour.

Conversely, the decision highlights a conceptual problem with protecting the blue checkmark: We

assign meanings to symbols, and these meanings can change over time. The blue checkmark has never meant that information can be trusted. While it once meant that a user’s identity had been verified and that they were important in some way, this is not necessarily true today. It is also not inherently bad that the meaning of this sign has changed. It rather raises questions about how and why this exact meaning should be established and, not least, how users really understand the blue checkmark. A specific objection concerns Wikipedia, which [does not use a blue checkmark](#) to signal that a user’s identity has been verified. Would this be considered deceptive?

Verifying a user’s identity can surely have benefits, e.g., users usually think more about what they should post when they have their [identities attached to their account](#). But it seems infeasible to equate something as simple as a verification badge with more trust on an online platform. Empirical research even suggests that the use of verification badges may not serve the Commission’s interests, as users are [more likely to share fake news after receiving one](#). Additionally, [Twitter’s verification system was infamous](#) for having a lot of problems of its own long before Musk bought the company. Instead of leaning into the [problematic concept](#) of the [European average consumer](#), the DSA should empower the users of the platforms by putting more trust in them. This would require educating people on how to consume content in online environments. Such an approach would get to the root of the disease instead of merely treating its symptoms, like the current approach does. Not everything can and should be resolved by laws.

On data access

The Commission decision has also targeted X’s data access regimes. This concerns the service’s ad repository (Art. 39 DSA) as well as the [“scraping law”](#) found in Art. 40(12) DSA. These violations are much easier to justify than the deceptive design of the verification badge. For the DSA community, this is where the magic happens, as it greatly supports researchers in their endeavours. In the past, X has prohibited eligible researchers from accessing publicly available data,

including through scraping. “Scraping” describes a practice whereby [data is fetched and extracted from a website](#), often automated. The Commission decision therefore comes as no surprise; a similar decision was already taken by the [Kammergericht Berlin earlier this year](#).

For empirical research projects in need of data from X, this is a big improvement. For the interpretation of the DSA, on the other hand, this part of the decision is rather irrelevant: [Data access cannot provide a normative concept for regulation](#) (naturalistic fallacy). The effects will only begin to be relevant for regulation when the studies are complete and the regulation is adapted.

A wallpaper to cover the cracks

This begs the question: Were the violations worth troubling EU-US relations even further? How is the EU doing in the “cold war”? I think the decision has not helped the EU’s position but unnecessarily damaged transatlantic relations. After all, the Commission might not even achieve its goal: X could simply decide to lose the verification system in the EU, [as the DSA does not mandate user verification](#). Arguably, it might also be enough to simply change the blue checkmark to something else. None of these responses would meaningfully provide trust for users on X.

The decision highlights the revolting lack of ideas on what makes online environments safe and trusted (Art. 1(1) DSA). The decision does not help in clarifying these abstract concepts. Rather, it treats the users of X as if they were reliant only on the verification badge. At the same time, the decision does not provide any meaningful help with issues like disinformation and online scams: The key factor for whether inauthentic behaviour or disinformation is prominent on an online platform remains the design of the recommender system.

The Commission decision was made not long after the [Berlin Digital Sovereignty summit](#). The summit and the decision both go to show how important it is to think about the technology stack as a whole when drafting and enforcing rules for digital platforms. The most honourable goals in the EU legislation are worth

nothing when they can be demolished by a “civil damages turbolaser.” While the European digital rules are crucial for digital sovereignty, they are not enough by themselves and will have to be accompanied by economic, political, and societal initiatives.

There will always be bad actors. But it makes a difference whether they can systematically take advantage of platform structures or their actions remain isolated. Therefore, questions of platform design remain crucial to create a safe online environment. While the Commission decision concerns the design of a minuscule part of Musk’s service, it seems to ignore its real problems. It is like telling the resident of an apartment to use a different wallpaper to cover the gaping cracks in their wall. And until the Commission has thought about what constitutes a “safe” online-environment, it should stop considering which wallpaper to put up.

Stefania di Stefano, Suzanne Vergnolle

Hack the DSA

Four Actionable Ways to Improve DSA Reporting

doi: 10.59704/96d8bd0247c07d9e



The EU Digital Services Act (DSA) is one of the latest regulatory instruments adopted by the European Union to rein in the power of digital platforms and to create a “safe, predictable and trusted online environment”. It applies to all platforms since February 2024.

The DSA introduces a wide variety of due diligence and transparency obligations for intermediary services, which increase depending on the size and impact on society of the service concerned. It has been largely advertised as a *transparency machine*. Yet, from a preliminary assessment of the reports mandated by the DSA, this transparency promise is failing to deliver. Such a conclusion prominently emerged from the “Hack the DSA” workshop organised by the [Chair on Online Content Moderation](#) on October 3rd, 2025 (for a full summary of the event, see [here](#)). The workshop brought together 30 DSA’s experts, notably lawyers, researchers, representatives from civil society organisations and regulators, who explored and analysed the various reports and documentation published under the DSA in order to discuss its concrete implementation and pool their [collective intelligence](#).

Drawing from the main findings of this workshop as well as its key takeaways, in this blog post we illustrate why the DSA’s promise of transparency is not living up to its expectations. We first argue that this primarily stems from the fact that Very Large Online Platforms and Search Engines (VLOPSEs) are prioritising ceremonial aspects of reporting processes at the expense of the substance. We then offer four practical recommendations for improving DSA reporting.

The DSA’s reports: a ritualistic process that prioritises form over substance

With more than 80 provisions establishing transparency obligations, the DSA formally aims at rendering previously opaque processes visible and, most importantly, accessible. The DSA transparency obligations mandate each VLOPSE to publish a variety of documents: transparency reports, reports on systemic risks, audit reports, statements of reasons... Other actors also contribute to this transparency machine, including, for instance, trusted flaggers or out-of-court dispute settlement bodies. While these documents should not be viewed as a panacea, a cross-analysis of the plethora of reports produced through the DSA architecture could be incredibly beneficial not only to understand how platforms operate but also to cross-verify the content of the different reports (number of contents taken down, reasons for the take down, effective role of the trusted flaggers...).

Transparency reports are intended as a fundamental component of the success of the DSA: it is through these transparency obligations that content moderation practices and the risks stemming from platforms’ design can be effectively scrutinised. Yet, our common assessment shows that the current implementation of these obligations is not improving the general understanding of platforms’ practices and that, overall, the transparency promise of the regulation is not being kept.

One of the main problems identified during the workshop is the *manner* in which reports are produced and presented. They are offered in a variety of formats, covering different periods and framing issues inconsis-

tently. They are also not easy to digest and difficult to retrieve: locating them can be quite challenging, as they are not always readily available on the individual platforms' dedicated webpages (such as transparency centres). Moreover, they are also published in unsuitable formats: even if some are machine-readable, their inconsistent formats and structures create [unnecessary barriers for external scrutiny](#).

It is therefore evident from the reports that platforms are mostly engaging with ceremonial aspects of the reporting processes, neglecting their substance. The self-celebratory tone of some of these documents suggests, in fact, a mere box-ticking approach to compliance. This approach is emblematic of a [generalised concern](#) with the implementation of due diligence obligations by business enterprises, which is often reduced to superficial compliance with the *process* (in this case, the publication of the reports) at the expenses of the ultimate *outcome* the obligations themselves aim to achieve.

This, in turn, has a detrimental effect for the *substantive* assessment of the quality and added value of these reports for determining and elucidating platforms' content moderation practices. Not only do the reports fail to clarify in detail platforms' practices, including the systemic risks identified, the methodologies used, the mitigation measures adopted and their effectiveness, but lack of standardisation (for a similar analysis see also [here](#) and [here](#)) renders their comparison difficult to achieve. Standardisation does not mean that reports should necessarily follow a specific template. Such an approach, in fact, may even be counterproductive, and further contribute to the production of generic reports that would not sufficiently take into consideration platforms' *specificities* and, instead, encourage "[cosmetic compliance](#)". Variation and flexibility, on the contrary, could allow platforms to produce more substantive and revelatory reports depending on their activities and specific operational contexts. Some of these concerns should be alleviated with the introduction of a standardised approach to the transparency reports, put forward by the [Commission's Guidelines on the topic](#). However, this will only

cover one typology of reports published under the DSA.

The superficial engagement with the EU regulatory framework is also confirmed in the context of political advertising. During the workshop, in fact, it was emphasised how Meta or Google consistently remove or wrongly label content that relates to political issues. This finding is particularly problematic in light of the fact that both [Meta](#) and [Google](#) have decided to end political, electoral and social issues advertising in the EU to avoid complying with the EU's [Transparency and Targeting of Political Advertising \(TTPA\) regulation](#).

When coupling the ceremonial reporting engagement with evidence of misclassification of content, such as for political advertising, and the difficulties with effectively cross analysing the DSA reports, it is evident that the aims of the regulation are not met: VLOPSEs are not fully complying with their transparency obligations and are failing to make their content moderation practices accessible. The workshop therefore ultimately showed significant shortcomings with respect to the documents published under the DSA, which will have to be rectified if the regulation is to unleash its full potential.

Key takeaways and recommendations

To fully exploit the DSA transparency potential, it is necessary to take stock of a collaborative effort to chart a way forward and address these shortcomings. Drawing from the workshop's findings, the main recommendations emerging from the collective exercise revolve around four general themes: harmonisation, archiving, accountability for political advertising, and collaborations.

1. Harmonisation

A cross-cutting issue that needs to be addressed in future reporting is the lack of *harmonisation*.

In order to fully capture and harness the added value of the DSA, the methodologies, timeframes, and categories utilised in the documentation need to be harmonised, archived and standardised. Harmonisation is not to be understood as the production of a

template to be followed blindly by the different stakeholders. Rather, it is to be comprehended as comprising a series of soft guidelines relating to timeframes and methodologies. Some common elements, particularly in the context of systemic risks reports, are in fact necessary to be able to compare the documentation and assess the measures implemented by different services. This can be addressed while taking into account the variety of activities covered by VLOPSEs: guidance, in fact, does not need to be “universal” but could be provided by taking into consideration the type of service concerned, such as whether they offer a marketplace, or a pornographic site, or a social media platform... The next step here might be to involve the various stakeholders (VLOPSEs, the Commission, and civil society) in order to establish a suitable set of *standards or criteria* that are vital to effectively compare the data emerging from the reports and, as such, scrutinise VLOPSEs’ content moderation practices.

Beyond this soft degree of harmonisation, reports should also be more accessible and avoid jargon-filled language, include *more source data* as well as details of the assessment methods used.

2. Archiving

During the hackathon, one team, notably composed of people from [Open Terms Archive](#), decided to tackle the archiving issue and [created a library of systemic risk reports](#). With the threat of services discreetly amending their systemic risk reports, it seems essential to have a third-party archive of these documents. With the objective of making the reports comparable when amended, Open Terms Archive offer a markdown version of the documents.

Platforms, but also stakeholders with reporting obligations, should publish reports in machine-readable format.

While the centralised European Commission’s [webpage](#) is a helpful resource for stakeholders, it merely contains links to the individual platform’s pages (with some links not even working correctly). DSA documentation should therefore be *permanently*

archived, in a manner that would also enable easier traceability and comparability.

3. Accountability for political advertising

With respect to political advertising, ads archiving and labelling need to be strengthened. Here again, the role of civil society is crucial: researchers or associations should *actively archive and report misidentified content* as much as possible.

Additionally, regulators also have a vital role to play, especially in defining clear and harmonised labelling criteria that would be consistent across all platforms.

4. Collaboration

Participants left the day thrilled with a renewed energy, new perspectives and a wish to continue promoting a proper implementation of the DSA. Therefore, in line with the report [“Putting collective intelligence to the enforcement of the DSA”](#), it appears it will be beneficial to reiterate this kind of *collaborative event*. Cooperation between experts, who each brings to the table different perspectives, allows for a better understanding of the DSA reports and for a closer monitoring. This experience demonstrates how a *collective analysis* of the documentation creates a dynamic and stimulating environment to measure and critically assess the actual implementation and effectiveness of the DSA.

Next steps

The findings of the “Hack the DSA” workshop have demonstrated that the DSA’s transparency promise has failed to deliver so far. Such a conclusion is not isolated and is further compounded by the fact that researchers’ data access, which is [the simplest yet most critical transparency mandate under the DSA](#), is only possible as of 29 October 2025, following the entry into force of the [delegated act on data access](#). Nonetheless, the regulation still has the potential to significantly improve our understanding of online content moderation practices, provided that VLOPSEs meaningfully engage and fully comply with their DSA obligations.

The transparency potential of the DSA is therefore yet to be fully seen, and a closer scrutiny of its implementation by all the relevant stakeholders is essential. A crucial conclusion of our “Hack the DSA” experience is that there is considerable scope for improvement in the DSA’s transparency obligations’ implementation, as evidenced by the recommendations we have put forward. These recommendations are designed to address some of the current shortcomings in DSA reporting. They also aim at ensuring that the reports actually offer a clearer understanding of platforms’ opaque practices and, as such, become a useful transparency tool. By mobilising collective intelligence, collaborative initiatives can play a decisive role in effectively enforcing the DSA: in revealing enforcement shortcomings, these collective workshops can strengthen the accountability value of the DSA by shedding light on VLOPSEs engagement and compliance with the instrument. These initiatives also offer a platform that is conducive to a refreshing way to engage with dense (and even boring sometimes!) documentation and to formulate shared recommendations for further improving the DSA reporting. We can therefore only hope that more collective workshops will be organised in the future to further unpack transparency practices.

Daphne Keller

The Stakes of “Publicly Accessible”

Researchers’ Rights to Data under the DSA

doi: 10.59704/bc04ce068f5dae6c



One of the main goals of the EU’s Digital Services Act (DSA) is to advance transparency about online platforms. Article 40 seeks to do so by providing researchers with access to data about Very Large Online Platforms and Search Engines (VLOPSEs). As discussed in a prior blog [post](#), Article 40(4) establishes a slow, careful process for vetted academic researchers to access platforms’ internally held data. Article 40(12) complements this – and every other DSA transparency provision – by allowing a broader array of researchers to collect or [scrape](#) information that platforms are actually displaying to users in their public interfaces. This is an important enough requirement that it has been part of several Commission investigations against platforms, and was one of three grounds for its [€120 million enforcement](#) against X.

Researchers may collect data under Article 40(12) only if platforms have already made it “publicly accessible”. The universe of information available for these researchers will depend on what “publicly accessible” means. If history is any guide, platforms will oppose research by arguing that some data – despite being freely visible to anyone who visits their sites or apps – is not “publicly accessible” in the sense of Art. 40(12). Similar disputes about lawful information “access” have derailed journalism and research on [bothsides](#) of the Atlantic for years. The term “public” also has a confusing array of legal meanings in contexts ranging from [news reporting](#) to [insider trading](#) to [copyright](#).

The purpose of Article 40(12) would be defeated if similar uncertainty deterred the very research that lawmakers intended to unleash. The DSA provides other legal mechanisms to balance research goals with potentially competing policy priorities like data

protection. “Publicly accessible” data for research should be defined broadly, given the DSA’s language, purpose, and overall design. This post will examine the legal scope of available data under Article 40(12). It begins with legal analysis, continues with comparison to other relevant laws, and concludes with review of specific data categories for research.

I. Text and context in the DSA

While the DSA does not define “publicly accessible”, the term’s ordinary meaning is simple: it refers to information that the *public* can *access*. In other words, information that platforms themselves publicly display should be available to researchers. But the DSA, which also uses similar terms like “make public”, “public access”, or “[publicly available](#)”, offers few textual cues about what precise data is “publicly accessible”. This inconsistent wording may be an artifact of hasty drafting. Article 40(12) was introduced [late](#) in the DSA’s development, and negotiated in [trilogue](#) between three EU lawmaking bodies without public input. Similar definitional problems also seem endemic to laws about information access. The University of Amsterdam’s Kacper Szkale [reported](#) similar issues defining “lawful access” under EU copyright law: legislation uses varied terms that “all seem related, yet they are differently formulated and some can be understood to refer to completely different things”.

Article 40(12)’s basic purpose is self-evident, though. It aims to eliminate barriers – particularly platform-created barriers – to research. This portion of Article 40 was drafted after a series of high-profile platform [attacks](#) on [researchers](#) and major [retrenchments](#) or [failures](#) in platform-administered trans-

parency efforts. Lawmakers clearly intended to expand researcher rights beyond the status quo – but also to balance competing interests and policy priorities. The same EU Council [draft](#) that created Article 40(12) also added Article 40(8)’s requirement that researchers use data only as “necessary for, and proportionate to” legitimate research goals.

Article 40(8)’s balancing requirement protects competing interests without the need for a cramped interpretation of “publicly accessible” that would lock data away from *all* Article 40(12) researchers. Article 40(12) also fits within a larger structure of DSA rules supporting a broad interpretation of “publicly accessible”.

A. *The outer limits of “publicly accessible”*

To be eligible for DSA research in the first place, data must come from the online interface of a regulated VLOPSE. DSA Article 3’s restrictive definitions of “online platforms” and “VLOPSEs” thus, independently, bar Article 40(12) researchers from using much of the data that might colloquially be considered not “publicly accessible”. They may not collect messages from non-VLOP messaging apps or private Discord servers, for example. Even private messages on Facebook were excluded from the company’s VLOP services [designation](#).

Facebook posts shared to only a few “friends” present a harder case, because those posts *are* presumably part of a VLOP service. Courts or regulators might ultimately interpret Article 40(12) to mean, for example, that posts shared with more than a specified number of people are “publicly accessible”. Alternately, authorities could rely on Article 40(8) to adopt the more flexible, project-specific standards discussed below.

B. *Distinguishing Article 40(4) and Article 40(12) data*

Article 40 classifies data into one of two categories, as discussed in the previous [post](#). Either it is “publicly accessible” to a wider array of qualified researchers under Article 40(12), or else it is available only to vetted academic researchers who navigate Article 40(4)’s intensive regulatory review process – which

was designed to protect platforms’ confidential, internally held data. One way to define “publicly accessible” data under Article 40(12) is by delineating which information access should require regulators and researchers to go through Article 40(4)’s weighty process.

C. *Balancing under Article 40(8)*

The meaning of terms like “publicly accessible” is often hotly contested under laws that lack other doctrinal tools to balance freedom of information goals with competing interests such as privacy, property, or security. U.S. research has suffered for decades as courts dithered about legal “access” under [copyright](#) law and the [anti-hacking](#) law that X has used to sue public interest researchers.

The DSA does not need to replicate these problems by shoehorning policy balancing exercises into the definition of “publicly accessible”. Article 40(8)’s proportionality requirement provides a far better tool to balance research goals against other priorities. Laws like the General Data Protection Regulation (GDPR) also form a critical backdrop to the DSA, imposing their own separate [obligations](#) on [researchers](#).

Article 40(8) requires that research protocols respect competing rights and interests. As the CJEU recently [recognized](#), these may be specific to individual projects. A [burgeoning professional literature](#) on [public data](#) and scraping [ethics](#) can guide researchers’ choices. Researchers studying healthcare fraud might, for example, scrape data from a Facebook group for cancer patients, but discard identifying information or posts that lack particular words. Data protection [regulators](#) have [suggested](#) similar approaches for other data scrapers, with limits on both what data is *collected* and how the data is subsequently *used*. This flexible, multi-stage legal assessment contrasts strikingly with rigid laws in the U.S., where information that becomes “public” may automatically lose many legal protections. In the EU, data can be “publicly accessible” and also protected from more improper uses.

Research protocols can protect an array of interests. A study about violence against women might scrape videos from YouTube and Pornhub, for example,

but blur some sexual content. Among other things, this would avoid creating a trove of commercially valuable copyrighted material – protecting the interests of affected (and notoriously [litigious](#)) copyright holders in the event of a data breach.

The exact parameters of protected research under Article 40(8) remain to be seen. Logically, Article 40(12) must authorize – and, as Martin [Husovec](#) has discussed, immunize – new uses of data beyond those permitted pre-DSA. Article 40(8) can flexibly define the scope of this new legal authorization, without requiring a strict definition of “publicly accessible” that categorically precludes valid future research.

II. Competing policy goals

Arguments against expansive interpretations of Article 40.12 are likely to invoke legitimate competing policy goals, including data protection and intellectual property. The DSA was enacted with, and should be interpreted in light of, its own goals. But courts and regulators defining proportionate use under Article 40(8) – or, potentially, defining the scope of “publicly accessible data” – may also look to other EU laws for guidance. Importantly, support for researcher data access can be found in the DSA’s intersections with many relevant areas of law.

A. Data protection

Many of the hardest questions concern platform users’ fundamental rights to privacy, data protection, and sometimes even protection from [state surveillance](#). Examples discussed below include posts deleted by users or shared in very large “private” Facebook groups. I will argue that, for each, Article 40(8) offers the best tool to define permissible use. But reasonable minds may differ, and courts or regulators might ultimately decide that some such data is categorically not “publicly accessible” under Article 40(12).

Importantly, the rights at stake are those of the same platform *users* that the DSA was intended to protect. The European Data Protection Supervisor has [expressed](#) suspicion about platforms asserting users’ data protection rights in objecting to research. Companies may not, he wrote, “escape accountability... on the

pretext of safeguarding the rights of others”. Respecting data protection rights does not mean honoring every user preference, however. Otherwise, as experts including Paddy Leerssen have [pointed out](#), bad actors could exclude their posts from DSA research.

B. Intellectual property

Platforms might argue that some data is not “publicly accessible” because of their own intellectual property rights or their restrictive [licensing agreements](#) with third parties such as [music rightsholders](#). Since most user posts are protected by copyright, excluding content on this ground would extinguish a wide swathe of research. So, too, would a rule allowing platforms to put data off-limits simply by accepting restrictive licenses.

Article 40’s policy goals are, in any case, well-aligned with EU policy under the 2019 Copyright in the Digital Single Market Directive (CDSM). That law protects non-commercial researchers’ “text and data mining”, including “any automated analytical technique[s] aimed at detecting and analyzing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends, and correlations”. Copyright [experts](#) have suggested that Article 40(12) research should presumptively qualify for CDSM protections. The two laws may also be complementary in other ways. The CDSM gives researchers *legal authorization* to use data without infringing copyright, but no clear *access mandate* to obtain it. The DSA’s requirement for VLOPSEs to “give access” to data can help fill that gap.

C. Platforms’ terms of service

Some platforms have historically [argued](#) that researcher scraping violates their terms of service. As an argument against Article 40(12) research, this sounds absurd: VLOPSEs should not be able to nullify DSA obligations by the “one weird trick” of amending their unilaterally-imposed contract terms. The Commission’s [decisions](#) initiating proceedings against [AliExpress](#) and [Temu](#) and its [enforcement](#) against X reinforce this conclusion. In all three cases, the platforms’ terms of service prohibited scraping. This likely

violated Article 40(12), as the Commission explained, because it “failed to give qualified researchers access to the data that is publicly accessible”. In other words, contractually restricting access did *not* prevent data from being “publicly accessible” under Article 40(12). It merely violated platforms’ obligations to “give access”.

Uncertainty about the validity of contractual restrictions on “accessible” data has been a major hindrance to research under other laws. The CDSM, for example, specifically provides that contractual provisions claiming to bar authorized research “shall be unenforceable”. But the CDSM only authorizes use of data when [researchers have](#) “lawful access” in the first place. As Szkalej has [explained](#), this leads to circular questions about whether contracts – or technical measures like blocking researchers’ IP addresses – can make data no longer lawfully accessible. Remarkably similar disputes about contracts and lawful “access” plague [journalists](#) and [researchers](#) in the U.S. The DSA’s research agenda should not founder on these same rocks.

III. Examples of potentially public data

Some categories of relevant data for DSA researchers could arguably be classified as not “publicly accessible” under Article 40(12) – but could, alternately, be subject to more nuanced proportionality limits under Article 40(8). In most cases, I believe the latter is preferable.

A. Data from platforms that require a login, but make login credentials publicly available

In 2023, X temporarily [made](#) all posts, including those marked as public, visible only to logged in users. The general public could still create new accounts and automatically be approved to view the posts. Could adding this trivial login barrier make data no longer “publicly accessible” to researchers under Article 40(12)?

For this data, the core policy question is about users’ rights and expectations. If users intended for their posts to be publicly available without a login, platforms should not have the power to unilaterally withdraw them from DSA research. That said, users’

expectations of privacy will vary across [platforms](#) and even kinds of [research](#). Where there is more serious reason to believe that users expected a login system to prevent the general public from seeing their posts, those posts might be considered not “publicly accessible”. Alternately, the same consideration could shape more nuanced, project-specific, rules under Article 40(8).

Unusually, the DSA itself offers textual clues about this ‘posts-behind-a-login’ scenario. A close examination, however, illustrates the problems with relying on imprecise DSA language to answer questions of this sort. The rest of this subsection engages in rather tortured textual exegesis, with inconclusive results. Readers who don’t enjoy that kind of thing may wish to skip ahead.

The DSA does not define “publicly accessible”, but does define something similar-sounding: “dissemination to the public”. That term means “making information available, at the request of the recipient of the service who provided the information, to a potentially unlimited number of third parties”. Recital 14 expands on this, specifically addressing situations “where access to information requires registration or admittance to a group” of platform users. That data still counts as “disseminated to the public” when users are “automatically registered or admitted without a human decision or selection”. If this Recital about publicly *disseminated* information also applied to publicly *accessible* information under Article 40(12), then the X posts would be available for researcher use.

That said, there are reasons not to equate the two terms. The DSA primarily uses the word “dissemination” in articles unrelated to research or users’ rights, often in provisions defining different platforms’ tiers of DSA obligations. A “hosting service” becomes a more heavily regulated “online platform” if it “disseminates information to the public”, for example. And online platforms graduate to the most heavily regulated VLOP category based on the number of recipients to whom content is “disseminated”. It seems unlikely that DSA rules drafted to bring platforms in scope of the regulation would simultaneously be intended to define the balance between research and

user privacy. Proportionality analysis under Article 40(8) seems like a better legal tool than this strained textual analysis.

B. Data from huge “private” groups

The largest “private” Facebook groups include [millions](#) of people, dwarfing most physical public spaces. [Researchers](#) and [whistleblowers](#) see these groups as staging grounds for larger public trends, making them relevant for DSA research.

Posts to “public” Facebook groups can be seen without an account; posts to “private” groups are visible only to members. If we analogized public “accessibility” to public “dissemination”, as discussed above, then Recital 14 would apply: researchers could scrape groups if members were “automatically registered or admitted without a human decision or selection”. This seems like a relevant factor in discerning users’ expectations or intentions, but hardly the only one. Again, Article 40(8) proportionality analysis would allow for more tailored rules.

C. Posts deleted by platforms

Posts that platforms delete after researchers obtain copies are highly relevant for DSA research, which often focuses on content moderation. They also present particularly thorny legal issues, particularly for content that platforms considered unlawful to publish. Researchers are likely to have affirmative legal obligations to report and delete child sexual abuse material, in particular. Content that may be defamatory, copyright infringing, or supportive of terrorism, however, is different. Both the DSA and existing non-DSA laws may well permit ongoing research uses of that content, and even allow excerpts to appear in published findings.

DSA drafters were clearly aware of this concern. They addressed it in a different transparency provision, Article 39, which requires VLOPSEs to host public advertising archives that exclude content that violated the law or platforms’ own rules. Omitting that exclusion requirement in Article 40’s rules for qualified researchers seems purposeful, and suggests that data

can be “publicly accessible” based on *past* availability on platform’s services.

D. Posts deleted by users

Posts deleted by platform *users* can be different. Users both expect to be able to delete posts and have rights to do so under laws including data protection and copyright. Researchers who collect posts may, knowingly or unknowingly, retain copies after users have deleted them from platforms. Deleted posts can sometimes be important, documenting publicly significant information that [political leaders](#), high profile [trolls](#), or influencers sought to hide.

Such posts should not be excluded from research use simply because they are not *currently* “publicly accessible”. That interpretation would also eliminate posts moderated by platforms, contrary to the DSA’s likely goals. It would also make maintenance of clearly-legal research datasets very difficult. Instead, both Article 40(8) and the GDPR’s background rules suggest that research protocols must be designed to account for users’ deletion interests.

E. “Public” posts from users who reasonably expected few viewers

Some social media users post “publicly”, but realistically expect that only a few people will see their posts. Many of the [reported](#) 48% of Twitter users with fewer than ten followers, per early research on the social network, probably fell in this category. Parents who post videos of a baby’s first steps for distant family on YouTube, similarly, probably never expect their video to have an afterlife in a European research center. The median YouTube video has only [39 views](#), so many videos likely fall in what we might call a [contextually private](#) category.

In principle, content with a sufficiently low view-count or follower-count might be deemed “non-publicly accessible” under the DSA. But efforts to avoid collecting data on such bases often fail for technical reasons beyond researchers’ control. For both this practical reason and the policy reasons discussed above, classifying such efforts as Article 40(8) proportionality measures makes more sense. That would also

allow more nuanced approaches, like the tiered researcher access rules that Former CrowdTangle CEO Brandon Silverman [suggests](#) for “meaningfully public data”, the focus on “inferred user expectations of privacy” suggested by [Mozilla](#), or the ethical guidelines for “unpermissioned research” proposed by the University of Amherst’s Ethan Zuckerman and Ryan McGrady in forthcoming work.

IV. Conclusion

Researchers who are qualified and eager to begin work under DSA Article 40(12) may be deterred by uncertainty about what data counts as “publicly accessible”. That definition should be broad in light of Article 40’s pro-research purpose, the DSA’s overall structure, and its inclusion of alternate means to balance competing interests.

This text is a cross-posting with [Tech Policy Press](#).

Michael FitzGerald

Judicial De-Simplification

Interpreting Russmedia, the GDPR, and Intermediary Liability in the European Union

doi: 10.59704/ad4e5cfbff844d33



In early December, the Court of Justice (CJEU) handed down a controversial ruling in *Russmedia* (Case C-492/23) – indicating that online platforms can no longer confidently rely on EU intermediary liability law for protection against legal responsibility for user content in cases which involve data protection violations. The Grand Chamber held that the defendant company – Russmedia, an operator of an online marketplace in Romania – could be held liable for illegal user content despite having complied with its notice-and-takedown obligations under Article 14 of the E-Commerce Directive.

The Court held that the Directive’s so-called “safe harbour” rules – which are now transposed in the Digital Services Act (DSA) – could not be interpreted to interfere with the regime of the General Data Protection Regulation (GDPR). These rules protect platforms from liability for illegal content posted by their users unless they have knowledge of the content in question and have been given a chance to take it down. *Russmedia* significantly weakens the intermediary liability protection – but the extent of the damage to the safe harbour remains unclear.

The judgment can be read as having either a broad or narrow application, and the extent of the damage will depend upon how expansively the case is interpreted. Already, different actors are reading the judgment in different ways: European legal scholars, judges, and legislators are likely to interpret the case narrowly, as applying only to “online marketplaces” or even only to a subset of marketplace operators. Digital platforms themselves – largely foreign companies – are likely to read it more expansively, seeing in the Court’s

reasoning a potential application to all internet hosting services, since the judgment does not explicitly limit its scope.

Two roads diverged

The case originated when the applicant – a woman who had been harmfully impersonated in an advert posted on Russmedia’s site – having no recourse to the unidentified user who posted the ad – sued the platform not merely for infringements relating to reputational rights, but crucially also for violation of data protection rules. She argued that – in cases where liability was established under other regulatory acts of the EU, like the GDPR – intermediary liability protections should not apply. The third-instance Romanian court referred the case to the CJEU on August 3rd 2023. Fundamentally, in all its questions, the referring court was asking the CJEU for clarity on the relationship between the GDPR and the intermediary liability regime in cases where their requirements appear to overlap or conflict.

The [opinion](#) of Advocate General (AG) Szpunar (the Opinion), delivered on February 6th 2025, set out an attractive means for the Court to solve the case by making a granular distinction between different activities of the platform as giving rise to differentiated liabilities as “data controller” and “data processor” under the GDPR. This would have been in line with the interpretations of the Commission (para. 119ff) and the Article 29 Working Party (now, the European Data Protection Board, see for example p. 25 of this [Opinion](#) and para. 40ff of their [Guidelines](#)). For reasons it largely declined to illuminate, however, the Court

rejected the AG's solution in favour of a road less travelled.

Russmedia, the Court held, as an operator of an online marketplace, was not a mere "processor" but liable as a "data controller" for GDPR purposes in respect to personal data contained within an advert which was maliciously posted on its site. The advert falsely presented the applicant in the main proceedings as offering sexual services online. The site in question – [Publi24.ro](#) (Publi24) – is an online classifieds marketplace, in the template of a Craigslist, and the impugned ad – posted by an anonymous and unidentified user – was unfortunately reproduced on other sites before the operator could take it down.

Additionally, the Court places significant weight upon the fact that Russmedia reserved the right in its terms and conditions to reproduce, otherwise manipulate, transfer, or delete user data – a clause which, the Commission and the AG observed, was "not unusual for intermediation services" and was appropriate in view of the "valuable role played by intermediary service providers in preventing illegal online content" (the Opinion, para. 61).

The AG underlined that the referring court's emphasis on the terms of use distracted from the necessary examination – which must concern "actions actually undertaken by the provider" rather than "terms of use that it does not implement in practice" and which "should be ignored" (para. 58). The AG's analysis was supported by the [Guidelines](#) of the European Data Protection Board which underline that designation of responsibility under the GDPR should be 'based on a factual rather than a formal analysis', having regard to facts rather than contractual provisions (see [Guidelines](#) para. 21 for example).

Nevertheless, the referring court and the Grand Chamber made repeated reference to this probably innocuous clause, creating a gathering sense that the respective courts were implicating Russmedia in the reproduction of the harmful advert on other websites: an implication which was never supported in the evidence before the Court.

The expansive interpretation

There is much to be said about the ruling which cannot be included in a short article such as this one. Detailed textual analysis will be better hosted at a later date in other venues. Instead, I wish to underline that the judgment will be – in fact, *is already* being interpreted in at least three different ways which range across a spectrum from the maximal and expansive to the minimal and narrow.

The first interpretation to consider is that of the platforms themselves, which are largely foreign companies. Here, it is relevant to consider what might be the interpretation not only of those "online marketplaces" which the Court explicitly addressed but also those platforms *which feel themselves potentially addressed* by the reasoning. This interpretation should be treated as important because it is the platforms, and not the public courts, which for practical purposes determine the vast majority of online speech disputes. Therefore, it is the platforms' perception of legal risk, and the risk-mitigative moderation strategies they employ to cope with risk, which primarily shapes privacy and free expression online.

The platforms' legal counsel, and American commentators, coming from a more practice-adjacent, legal realist tradition of jurisprudence, will likely parse the Court's reasoning and find strong intimations that the CJEU's *ratio decidendi* – the point which determines a judgment's outcome and on which a case's future significance will hang – did not hinge upon the specific nature of Russmedia's offering but, instead, depended on the fact that Russmedia provided a platform that was used at all to disseminate GDPR-infringing content, particularly the "manifestly unlawful and deeply harmful" content of the kind at issue in the case.

As the Court put it, "by having made its online marketplace, which was used to publish the advertisement at issue in the main proceedings, available to the user advertiser, Russmedia participated in the determination of the means of that publication" (para. 70). Furthermore, "any natural or legal person who exerts influence over the processing (...) may be regarded as

a controller” (para. 58), “even a person who has an influence, by means of his or her activity of defining parameters” (para. 71). And if one is determined liable as a “controller” in respect of illegal user content, according to the Court, one cannot avail of the Directive’s liability exemption.

Already, in the early discussion online, this expansive view has been suggested by Daphne Keller, former Associate General Counsel at Google and Director of Platform Regulation at Stanford, who brought her considerable practical experience to bear, almost immediately [observing](#) through her social channels that the Court might have just “casually dismantled 80% of the DSA” and in so doing “created half a dozen extremely serious fundamental rights problems”.

According to Keller, the decision substitutes “GDPR rules — not notice and takedown rules — for any platform where a user is likely to post images, text, or any other content depicting or referring to other people” and “effectively creates strict liability for any claim against hosts, like defamation or personality rights claims, that can be reformulated as a data protection claim”. Expansive indeed. It should be underlined that Keller’s argument is not that the Court has explicitly stated that its ruling should have this effect, but that the rationale implicit in the Court’s reasoning suggests that it does.

The minimal interpretation

On the other end of the spectrum, from a perspective internal to the European legal community, it will be tempting to hope that this controversial ruling will not affect the safe harbour’s functioning far beyond the facts of the immediate case. Scholars of EU law, judges, legislators, NGOs, and think tanks, are likely to favour interpretations which also support the preservation of legal certainty, the coherence of the Union legal order, the optimisation of the law’s impact on European free speech or privacy, as well as pragmatic interests like the maintenance of good relations with the Luxembourg Court, the scholarly instruction of confused Member State courts, and the simplification of future proceedings in this field.

European commentators, as such, have already begun to take a much narrower view. As a team of practitioners from Bird & Bird [advise](#) – though a “literal” reading of the case “may appear” to suggest the expansive reading – “arguably” the decision’s GDPR interpretation could be read as specifically concerning “controller obligations in relation to a specific combination of facts” including “user-generated content containing not only sensitive data but intentionally harmful content of a sexual nature”.

Two points are important in relation to this: first, while the judgment says online marketplace operators “cannot rely” on the safe harbour against claims arising from data protection, there is no indication that the Court’s reasoning is limited to this class or to any particular form of content. The Court’s reasoning about the relationship between the GDPR and the Directive, in paras. 127 through 136, suggest instead the more general argument that it

“follows from a combined reading [...] that the provisions of that directive, in particular Articles 12 to 15 thereof, cannot interfere with the regime under that regulation (GDPR)” (para. 135).

Bird & Bird appear to concede this when they accept that a “literal” reading of the judgment suggests the expansive interpretation. This is no criticism of Bird & Bird, however, who would be remiss if they did not mention the minimal interpretation because it is likely to be a reading that European courts, at national level, or at Luxembourg, may find attractive in future, regardless of whether the CJEU implied it or not.

Member State courts, or even succeeding formations of the CJEU, may desire to locate zones of discretion within the judgment. In doing so, they could obscure the Court’s implication that the reasoning applies to all intermediaries, and replace it with the idea that the Court merely intended to rescind the safe harbour where intermediaries host adverts in specific marketplaces where adult or otherwise problematic content is commonly traded.

At the same time, it must be mentioned that succeeding Member State courts may wish to apply *Russmedia* to achieve the opposite effect: to remove

protections from platforms and hold them liable in relation to a much wider variety of user content than has, until now, been permissible. *Russmedia* will likely furnish these courts with easy tools, even if it means repurposing what some may consider *obiter dicta*, to remove safe harbour protections in cases which appear to demand a scapegoat for any particularly egregious online speech.

Second, even if the “minimal” reading is correct, it is important to at least attempt to observe such a precedent from the point of view of the platforms seeking to comply. Even if *Russmedia* only removes the safe harbour protection where platforms carry “intentionally harmful content of a sexual nature”, platforms may be unable to understand how they are to detect such content, and therefore protect themselves from liability, without monitoring all user content to screen for potentially problematic posts.

When one considers the point of view of the platform, therefore, especially in view of DSA Recital 30 which specifies that intermediaries “should not be, neither *de jure*, nor *de facto*, subject to a monitoring obligation with respect to obligations of a general nature”, it becomes difficult to understand why the Court so unequivocally asserts that rescinding the safe harbour in respect to GDPR liability “cannot, in any event, be classified as” creating “a general monitoring obligation” (para. 132) which is prohibited by Article 15 of the Directive now transposed to Article 8 DSA.

The in-between reading

Between these interpretations, then, is the view that would restrict the case’s application only to a particular category of platform operators – “online marketplaces” – rather than hosting intermediaries at large. This is the framing which the CJEU has adopted in its communications thus far – in its [press release](#), for example. How the term “online marketplace” will be interpreted remains unsettled, however. Should the term’s interpretation after *Russmedia* be considered as coextensive with the subcategory of online platforms which “allow consumers to conclude distance contracts with traders”, pursuant to Article 6(3) and Recital 13 DSA? This class of operator may have appeared until

now more relevant to a particular type of business-to-consumer marketplace typified by services like Amazon or Zalando, which differ in relevant respects from the more peer-to-peer and unstructured service offered by *Russmedia* – making it debatable if *Russmedia* can be defined as an “online marketplace” in this sense.

In addition, whether a social networking service used by certain users to post adverts containing personal data might become exposed to potential liability pursuant to this “In-between reading” of *Russmedia* also remains unclear. Given that the jurisprudence and *travaux préparatoires* on Directive Article 14 have, since the beginning, consistently emphasised the need for functional analysis based on the specific activities and services provided rather than upon the designation of the operator as falling into one or another overarching formal category (see, for example, [Opinion](#) of AG Jääskinen in *L’Oréal v. eBay* (2010), para. 147, and EC, [Proposal](#) e-Commerce Directive (1998), p. 27, holding that “the distinction as regards liability is not based on different categories of operators but on the specific types of activities undertaken by operators”), there is an argument on this basis to suggest that such services might be exposed.

Judicial de-simplification

Contained within all this interpretative uncertainty is the other definite outcome of *Russmedia*: it is not just the safe harbour that has been damaged by the judgment, but the legal certainty of the EU’s digital regime as a whole. At a time when the legislature is pursuing simplification, the judiciary has just made everything significantly more complex and unpredictable, confusing things substantially for providers of internet services while supercharging intermediaries’ exposure to liability for user content.

While it may not break the internet, it will serve to further concentrate gatekeeper control in the hands of the American hyperscalers. It will do absolutely nothing to help young European internet companies, including media operations, to get up and running, and the EU legislator should carefully review the Court’s reasoning and consider how to respond. Some

form of clarificatory intervention may be warranted because, by rejecting the AG and Commission's solution without explaining why, the Court has badly confused existing law in this field.

Erik Tuchtfeld

A General Obligation to Monitor

How the ECJ Is Turning the Liability Regime of European Platform Regulation on Its Head

doi: 10.59704/80f1a9fc65c11592



Notice-and-takedown – this is the core principle of European platform regulation since the introduction of the [eCommerce Directive](#) in 2000. It is the principle of an internet in which every user becomes a “content creator”, without prior selection and evaluation of the content. It is the decisive factor in the fundamental difference between newspapers, radio, and television on the one hand and the internet on the other, between *one-to-many* and *many-to-many* communication. Although this liability privilege is coming under increasing pressure – legally through exceptions for copyrighted content and special monitoring obligations for violations of personality rights, politically through civil society initiatives such as [Save Social](#), which are calling for the liability privilege to be reviewed – there has not been any fundamental legislative decision to move away from this principle in the last 25 years.

Instead, the revolution now seems to be starting in Luxembourg. In [Russmedia Digital](#), the ECJ ruled at the beginning of December that in cases dealing with data protection violations, such as defamatory content, the notice-and-takedown procedure should not be applied, but rather that the respective platform is (jointly) liable for illegal content from the publication of the content on. Clearly unaware of the enormous implications of its decision for the freedom of expression and information of millions of users in the EU, the Court is thus demanding the establishment of a comprehensive monitoring system for communication in the digital public sphere.

Defamation on online marketplaces

The starting point for the ECJ’s ruling was a set of questions referred by a Romanian court. An unknown third person had placed advertisements on an online marketplace (owned by *Russmedia Digital*, which gives the case its name) that falsely suggested that the applicant in the original proceedings offers sexual services. The advertisement included photos of her, her telephone number and was also reproduced on various other websites. After the applicant informed the owner, *Russmedia*, about the defamatory advertisement, *Russmedia* deleted it within less than an hour, but it remained accessible on third-party websites. The applicant then claimed non-material damages from *Russmedia*, including for violations of her right of personal portrayal and the rights to honour and reputation, and unlawful processing of personal data. After various lower courts initially disagreed on whether the applicant was entitled to damages, the Court of Appeal (*Curtea de Apel Cluj*) referred the question to the ECJ, essentially asking whether *Russmedia* (firstly) should be considered the data controller responsible for the processing of personal data – which includes the false information about the offer of sexual services, the applicant’s photo, and her telephone number – and (secondly) whether liability such for unlawful data processing is determined solely by the [General Data Protection Regulation \(GDPR\)](#) or whether the specific liability regime for online platforms applies (while the applicable law in this case was still the [eCommerce Directive](#), the relevant provisions have since been transferred to the [Digital Services Act \(DSA\)](#)).

The issue of responsibility

Are operators of online platforms (or, in this specific context, online marketplaces) responsible for illegal content on their platforms, and if so, under which circumstances? The answer to this question is perhaps the most important legislative decision for the structure of the internet as we know it today. While the infamous Section 230 of the Communications Act ([“The Twenty-Six Words That Created the Internet”](#)) protects platforms in the US from almost any kind of liability, Europe has taken a different path. Since the introduction of the eCommerce Directive 25 years ago, hosting providers (which include both online marketplaces and online platforms) are only protected from liability for illegal content as long as they have no knowledge of the content. As soon as they are notified, they must act – otherwise they become liable for the content (“notice-and-takedown”, Art. 14 eCommerce Directive, now Art. 6 DSA). Both the eCommerce Directive and the DSA also emphasize that providers cannot be subject to a “general obligation to monitor” the content published on their sites (Art. 15 eCommerce Directive, now Art. 8 DSA). The importance of this so-called “liability privilege” cannot be overestimated. Because platforms are not responsible for the content of third parties at the moment of publication, we have an internet where, in principle, everyone can express their opinion and share creative content without prior review – with all the advantages and disadvantages that such broad and initially uncontrolled participation in public discourse entails.

In *Russmedia*, however, the liability issue is now being approached from another side: instead of examining the (traditional) responsibility for content in accordance with the provisions of the eCommerce Directive and the DSA, data protection law is being used as a starting (and end) point. The ECJ first (convincingly) establishes that the applicant’s information – i.e., her photo and telephone number, among other things – constitutes personal data within the meaning of the GDPR, regardless of whether its untrue in nature (paras. 47-53). Since the false claims relate to the (alleged) sex life of the person concerned, they are

also “sensitive data” within the meaning of Art. 9 GDPR, which is subject to special protection. The unlawfulness of the data processing, specifically the publication of (inaccurate) sensitive data about the data subject without her consent, is also unproblematic (paras. 80-84).

It is, however, substantially more difficult to determine who’s the “controller” for this unlawful data processing in terms of data protection law. The key distinction which has to be made is between “controllers” (who decide on the “purposes and means” of data processing, i.e., process data in their own interest, Art. 4 (7) GDPR) and “processors” (who process data on behalf of someone else, Art. 4 (8) GDPR). The unknown user who created the advertisement clearly clarifies as controller (para. 64). However, in the opinion of the ECJ, *Russmedia* (jointly with the unknown user) also qualifies as a controller. By granting itself extensive rights to the content created in its terms and conditions (including use, distribution, reproduction, modification, removal, and transfer to third parties), the company “can exploit those data for its own advertising and commercial purposes” (para. 67-68), and, thus, does not only process the data on behalf of the user. Furthermore, the mere provision of an online marketplace as such leads the ECJ to the conclusion that *Russmedia* has had an impact on the “means” of that publication, in particular by influencing parameters for the dissemination, such as the target audience, the presentation, and the duration of the advertisement (paras. 70-73). Hereby, the ECJ is further developing its established jurisprudence on the joint responsibility of content creators and online platforms/marketplaces under data protection law (see in particular [Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein](#)).

GDPR trumps the eCommerce Directive

The Court therefore finds (convincingly up to this point) that *Russmedia* is responsible for the unlawful processing of personal data created by the unknown user. While the ECJ’s further comments on identification obligations for online users (paras. 77-106) and measures necessary to prevent the copying of personal data (paras. 107-126) require their own critical assess-

ment elsewhere, the focus of this article will be on the consequences of the responsibility for data protection violations (under the GDPR) for the general liability regime for online platforms (within the meaning of the eCommerce Directive, now the DSA). In this context, as the ECJ notices, “[t]he question therefore arises as to the relationship between those two instruments of EU law” (para. 128). In a mere ten paragraphs, the ECJ then revolutionizes the established understanding of liability for online content, apparently without being aware of the implications of its assessment.

The ECJ starts by reiterating that both the GDPR (Art. 2(4)) and the eCommerce Directive (Art. 1(5)(b), now Art. 2(4)(g) DSA), mutually emphasize that they are “without prejudice” to the application of or, respectively, “shall not apply to” questions relating the other legal act (paras. 129-133). However, in the present case, the outcome under the GDPR (liability for unlawful data processing from the moment of publication on) and the eCommerce Directive (liability privilege as long as the hosting provider has not been notified) are clearly in conflict. The fact that the legislator stipulates that two legal acts do not apply to each other’s legal questions, even though they do in fact heavily interfere with each other, obviously puts the judiciary in a difficult situation. One would expect that these legal texts are now examined intensively using various methods of interpretation, reviewing general legal principles of the relationship between *lex specialis* and *lex generalis*, and taking into account relevant primary law, in particular the Charter of Fundamental Rights.

The ECJ, however, took a different approach: it succinctly states that the GDPR being “without prejudice” to the liability rules of the eCommerce Directive merely means that an operator is “not automatically preclude[d] from being able to rely on [the liability rules] for matters other than those relating to the protection of personal data” (para. 134). The content of Art. 2(4) GDPR is therefore limited to a declaratory repetition of the scope of application of data protection law. Only if the GDPR is not applicable, there is room for other legal regimes. Thus, the liability privilege of the eCommerce Directive does not apply to GDPR violations, and *Russmedia* is liable for the

unlawful advertisement published by its (unknown) user (paras. 135-136).

A comprehensive filter regime

This is a bombshell. It reduces the scope of the liability regime for online marketplaces and platforms to an absolute minimum. As soon as content, be it a comment, an image, or a video, contains personal data, the online service becomes liable for it from the moment of publication. Such content containing (false) personal information, be it defamation, deep-fakes, or other violations of personal rights, has always been a major focus of the debate on platform responsibility in recent years (including fundamental ECJ rulings such as *Glawischnig-Piesczek*). In all of these cases, the liability regime of the GDPR is now “overruling” the liability privilege. Consequently, instead of notice-and-takedown, it is publish-and-perish which applies to online platforms. If a platform allows its users to publish illegal content, it becomes liable.

How does this look in practice? In order to avoid the risk of becoming liable under the GDPR, platforms must install comprehensive AI-supported filter systems that identify (potentially) illegal content from the wide variety of different statements expressed by users and prevent its publication. Thereby, the obligation to implement “technical and organizational measures” (TOMs) to ensure the lawfulness of data processing under Articles 24 and 25 GDPR becomes a “general monitoring obligation” (for the questionable understanding of TOMs as an “identification obligation” for users, see paras. 85-106 *Russmedia*). Under these circumstances, content which was first deemed legal but is later assessed as illegal poses legal risks for services, leading to significant incentives for online platforms to prevent the publication of legal content in cases of doubt (*over-blocking*).

It is precisely this danger of suppressing legitimate contributions that brought tens of thousands of people onto the streets in 2019 in the context of the EU’s copyright reform to protest against “upload filters”. The provision in question contained a restriction of the liability privilege for “online content-sharing service providers”, such as YouTube, with

regard to copyright-protected content, unless they had “made, in accordance with high industry standards of professional diligence, best efforts to ensure the unavailability of specific works” (Art. 17(4)(b) *DSM Directive*). The ECJ emphasized that this open, technology-neutral wording ultimately constitutes an obligation to use automated detection and filtering systems for “prior review” (para. 54, *Poland v. Parliament/Council*). If such a filtering system were to lead to the “blocking of lawful communications”, it would be incompatible with the freedom of expression and information enshrined in Art. 11 of the *Charter of Fundamental Rights* (para. 86). In this regard, it also refers to its case law in *Glawischnig-Piesczek* and reiterates that rights holders (in copyright law) or the respective person (in the case of violations of personality rights) must specify the relevant content in such a way that it does not “require an independent assessment” by the service provider (paras. 89-90).

Back in 2022, in response to Poland’s action for annulment, it took the ECJ 41 paragraphs, an extensive consideration of the comprehensive set of procedural safeguards laid out in the Copyright Directive, and an interpretation of the ordinary law in accordance with fundamental rights to confirm the compatibility of an explicit legislative decision for “upload filters” with primary law. Now, in *Russmedia*, the ECJ does not test the compatibility of such a filter regime with fundamental rights at all. If European data protection (!) law is indeed to be interpreted as providing for comprehensive monitoring and filtering of communication—indirectly and without any indication that this was the intention of the legislator – the ECJ should have examined in detail whether these provisions are compatible with the freedom of expression and information of the users affected by the filtering systems. Instead, the ECJ simply states, without any further explanation or justification, that compliance with the obligations under the GDPR cannot be classified as a “general monitoring obligation” (para. 132). Thereby, the ECJ has missed the opportunity to clarify the relevance of the liability privilege (introduced by ordinary law) for the exercise of fundamental rights (and further develop the line of jurisprudence developed in *Poland v. Parliament/*

Council), while at the same time reducing legal uncertainty regarding the vague exceptions for “special monitoring obligations”. Instead, the unsettling impression remains that the ECJ was not even remotely aware of the significance of its decision.

A new line of case law is in its infancy

After reading this ruling, one is left somewhat puzzled as to what the state of liability of hosting services for third-party content in the EU is. Although the decision directly only concerns an “online marketplace” and by now replaced provisions of the eCommerce Directive, the ECJ’s reasoning does not contain any restriction according to which these principles would not be directly applicable to online platforms and liability under the DSA. One needs to keep in mind that these rules not only affect *Big Tech* services like X (formerly Twitter), Facebook, and TikTok, but also, in principle, every niche and common good-oriented online platform. From very large online platforms, such as Wikipedia, to smaller Mastodon instances, the impact is likely to be quite significant. Without any limitation of liability, these services would be threatened in their existence.

There are two entry points for more restrictive interpretations of the judgement in the future: First, the requirements for joint responsibility under data protection law (paras. 66-67, to what extent does this line of argumentation, for example, apply to non-commercial services without algorithmic curation?); and second, the manifest unlawfulness of the content and its harmful nature in the specific case (see paras. 39-40 on the questions referred by the referring court). Furthermore, the ECJ has also established notice-and-takedown-like procedures in other decisions in data protection law (*Google Spain*, see also Bäcker in BeckOK Datenschutzrecht, 54th ed., Art. 2 GDPR, para. 35).

Germany’s Federal Court of Justice (BGH) now has the opportunity to contribute to the development of this new line of case law: For more than three and a half years, Renate Künast, a former German minister, and Facebook have been arguing before various courts about Facebook’s obligation to prevent the repeated

publication of a misquote of Künast on the platform. While the Regional Court and Higher Regional Court of Frankfurt am Main had still regarded this as a question of the interpretation of the liability provisions of the eCommerce Directive, the BGH recognized the significance of data protection law and suspended the proceedings to wait for the decision in *Russmedia*. It remains to be seen whether the BGH will now be satisfied with the ECJ's argumentation or whether it will offer the Court the opportunity to rectify the decision by asking further questions about its interpretation.

Erik Tuchtfeld

Eine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung

Wie der EuGH das Haftungsregime der europäischen Plattformregulierung auf den Kopf stellt

doi: 10.59704/01332808b6c67a8f



Notice-and-takedown – das ist der eherne Grundsatz europäischer Plattformregulierung, der seit Einführung der [eCommerce-Richtlinie](#) im Jahr 2000 Bestand hat. Es ist der Grundsatz, der ein Internet ermöglicht hat, in dem Nutzende auf Plattformen Inhalte veröffentlichen können, ohne dass diese vorab kontrolliert und selektiert werden (müssen). Er ist der entscheidende Faktor für den fundamentalen Unterschied zwischen Zeitung, Radio und Fernsehen auf der einen und dem Internet auf der anderen Seite, zwischen *one-to-many* und *many-to-many*-Kommunikation. Zwar gerät diese Form der Haftungsprivilegierung zunehmend unter Druck – in rechtlicher Hinsicht durch Ausnahmen für urheberrechtlich geschützte Inhalte und spezielle Überwachungspflichten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, in politischer Hinsicht durch zivilgesellschaftliche Initiativen wie [Save Social](#), die fordern, die Haftungsprivilegierung auf den Prüfstand zu stellen –, doch eine gesetzgeberische Entscheidung, sich von diesem Grundsatz abzuwenden, ist in den letzten 25 Jahren nicht erkennbar gewesen.

Stattdessen scheint die Revolution nun in Luxemburg zu beginnen. In [Russmedia Digital](#) hat der EuGH diesen Dienstag entschieden, dass bei datenschutzrechtlichen Verletzungen, wie beispielsweise diffamierenden Inhalten, das *notice-and-takedown*-Verfahren nicht anzuwenden sei, sondern die jeweilige Plattform von Beginn an für rechtswidrige Inhalte (mit-)haftet. Offenkundig ohne sich der enormen Tragweite seiner Entscheidung für die Meinungs- und Informationsfreiheit von Millionen Nutzenden in der

EU bewusst zu sein, verlangt der Gerichtshof damit den Aufbau eines umfassenden Überwachungssystems für Kommunikation im digitalen öffentlichen Raum.

Verleumdung auf Online-Marktplätzen

Ausgangspunkt für das Urteil des EuGH waren die Vorlagefragen eines rumänischen Gerichts. Ein unbekannter Dritter hatte auf einem Online-Marktplatz (der von der namensgebenden *Russmedia Digital* betrieben wird) Anzeigen geschaltet, die die Klägerin des Ausgangsverfahrens fälschlicherweise mit sexuellen Dienstleistungen in Verbindung brachten und Fotos von ihr sowie ihre Telefonnummer beinhalteten. Diese Anzeige wurde zudem auf diversen weiteren Webseiten vervielfältigt. Nachdem die Klägerin den Betreiber *Russmedia* über die verleumderische Anzeige informiert hatte, löschte *Russmedia* sie innerhalb von weniger als einer Stunde, auf den Drittwebseiten blieb sie jedoch weiter abrufbar. Die Klägerin verlangte daraufhin von *Russmedia* immateriellen Schadensersatz, unter anderem wegen Ehrverletzungen, Verletzung des Rechts am eigenen Bild sowie der rechtswidrigen Verarbeitung personenbezogener Daten. Nachdem sich verschiedene Instanzgerichte zunächst uneinig waren, ob der Klägerin Schadensersatz zusteht, legte das Revisionsgericht (*Curtea de Apel Cluj*) dem EuGH im Kern die Frage vor, ob *Russmedia* (erstens) als datenschutzrechtlich Verantwortlicher für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten – worum es sich bei der falschen Information über das Angebot sexueller Dienstleistungen, dem Foto der Klägerin und ihrer Telefonnummer unzweifelhaft handelt – anzuse-

hen ist und (zweitens) ob sich die Haftung für rechtswidrige Datenverarbeitungen alleine nach der [Datenschutzgrundverordnung \(DSGVO\)](#) bestimmt oder das spezifische Haftungsregime für Online-Plattformen anwendbar ist (zum damaligen Zeitpunkt noch die eCommerce-Richtlinie, die entsprechenden Vorschriften sind inzwischen jedoch in den [Digital Services Act \(DSA\)](#) übertragen).

Verantwortlichkeit(en)

Dem Streit zugrunde liegt die Frage, ob Betreiber von Online-Plattformen (oder, in diesem konkreten Kontext, Online-Marktplätzen) für rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen verantwortlich sind. Die Antwort hierauf ist die vielleicht wichtigste gesetzgeberische Entscheidung für die Struktur des Internets, wie wir es heute kennen. Während in den USA die berühmt-berüchtigte *Section 230* („[The Twenty-Six Words That Created the Internet](#)“) Plattformen nahezu absolut vor jeder Art der Haftung schützt, geht Europa seit der Einführung der eCommerce-Richtlinie vor 25 Jahren einen anderen Weg: Hosting-Anbieter (zu denen sowohl Online-Marktplätze wie auch Online-Plattformen gehören) sind nur solange vor der Haftung für rechtswidrige Inhalte geschützt, wie sie keine Kenntnis von den Inhalten haben. Sobald sie benachrichtigt werden, müssen sie handeln – andernfalls sind sie für die Inhalte haftbar (*notice-and-takedown*, Art. 14 eCommerce-Richtlinie, nun Art. 6 DSA). Sowohl eCommerce-Richtlinie wie auch DSA betonen außerdem, dass den Anbietern keine „allgemeine Verpflichtung zur Überwachung“ der bei ihnen veröffentlichten Inhalte auferlegt werden kann (Art. 15 eCommerce-Richtlinie, nun Art. 8 DSA). Die Bedeutung dieser sogenannten „Haftungsprivilegierung“ lässt sich kaum überschätzen. Weil Plattformen zunächst nicht für die Inhalte haften, die Dritte bei ihnen hochladen, haben wir ein Internet, in dem grundsätzlich jeder Mensch seine Meinung äußern und kreative Inhalte teilen darf, ohne dass sie präventiv überprüft werden – mit all den Vorteilen und Nachteilen, die so eine breite und zunächst unkontrollierte Diskursbeteiligung mit sich bringt.

In *Russmedia* wird das haftungsrechtliche Pferd nun jedoch von hinten aufgezäumt: Statt die (klassische) Verantwortung für Inhalte nach den Vorgaben von eCommerce-Richtlinie und DSA zu prüfen, dient das Datenschutzrecht als Ansatzpunkt. Der EuGH stellt zunächst (überzeugend) fest, dass die Informationen der Klägerin – also u. a. Foto und Telefonnummer – personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO sind, ohne dass es dabei darauf ankommt, ob sie irgendeinen Wahrheitsgehalt über die Person beinhalten (Rn. 47-53). Da die Falschbehauptungen einen Bezug zum (angeblichen) Sexualleben der Betroffenen haben, handelt es sich ferner sogar um „sensible Daten“ im Sinne von Art. 9 DSGVO, die besonderem Schutz unterliegen. Auch die Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung, konkret die Veröffentlichung (unzutreffender) sensibler Daten über die Betroffene ohne ihre Einwilligung, ist unproblematisch (Rn. 80-84).

Deutlich schwieriger ist dagegen die Feststellung, wer in diesem Fall „Verantwortlicher“ im datenschutzrechtlichen Sinne für diese rechtswidrigen Datenverarbeitungen ist. Zentral ist dabei die Unterscheidung zwischen Verantwortlichen (die „über die Zwecke und Mittel“ der Datenverarbeitung entscheiden, sie also im eigenen Interesse verarbeiten, Art. 4 Nr. 7 DSGVO) und Auftragsverarbeitern (die Daten für jemand anderen verarbeiten, Art. 4 Nr. 8 DSGVO). Der unbekannte Nutzer, der die Anzeige erstellt hat, ist jedenfalls Verantwortlicher (Rn. 64). Auch *Russmedia* ist jedoch (gemeinsam mit dem unbekannten Dritten) nach Ansicht des EuGH als Verantwortlicher zu qualifizieren. Indem sich *Russmedia* in seinen AGB umfangreiche Rechte an den erstellten Inhalten einräumen lässt (unter anderem die Nutzung, Verbreitung, Vervielfältigung, Änderung, Entfernung und Weitergabe an Dritte), wird deutlich, dass das Unternehmen die Daten nicht nur für den Nutzer verarbeitet, sondern „zu ihren eigenen Werbezwecken und aus kommerziellen Eigeninteressen Profit aus ihnen ziehen“ kann (Rn. 67-68). Schon das Angebot eines Online-Marktplatzes als solches führe dazu, dass *Russmedia* auf das „Mittel“ der Datenverarbeitung eingewirkt hat, insbesondere indem es Einfluss auf Parameter der Verbreitung wie das Zielpublikum, die

Darstellung und die Dauer der Anzeige nimmt (Rn. 70-73). Damit entwickelt der EuGH seine Grundsätze zur gemeinsamen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit von den Erstellern der Inhalte und Online-Plattformen/-Marktplätzen weiter (siehe dazu insbesondere [Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein](#)).

DSGVO trumpft eCommerce-Richtlinie

Der Gerichtshof stellt also (bis hierhin durchaus überzeugend) fest: *Russmedia* ist verantwortlich für die rechtswidrige Verarbeitung personenbezogener Daten, die von einem unbekannten Nutzer erstellt wurden. Während die weiteren Ausführungen des EuGH zu Identifizierungspflichten für Online-Nutzer (Rn. 77-106) und erforderlichen Kopierschutzmaßnahmen (Rn. 107-126) ebenfalls eine kritische Würdigung an anderer Stelle verlangen, soll der Fokus dieses Beitrags auf den Folgen der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit (nach der DSGVO) für die Haftung des Online-Marktplatzes (im Sinne der eCommerce-RL, heute DSA) liegen. Es stellt sich, um es mit den Worten des EuGH zu sagen, „die Frage nach dem Zusammenspiel dieser beiden Unionsrechtsakte“ (Rn. 128). In schlanken zehn Randnummern revolutioniert der EuGH sodann das etablierte Verständnis der Haftung für Online-Inhalte, augenscheinlich ohne sich der Tragweite seiner Ausführungen bewusst zu sein. So stellt er fest, dass DSGVO (Art. 2 Abs. 4) und eCommerce-RL (Art. 1 Abs. 5 lit. b), heute Art. 2 Abs. 4 lit. g) DSA) wechselseitig betonen, dass sie den jeweils anderen Rechtsakt „unberührt“ lassen.

Nun ist es im vorliegenden Fall aber so, dass die Lösungen nach DSGVO (Haftung für rechtswidrige Datenverarbeitungen von Beginn an) und eCommerce-RL (Haftungsprivilegierung, solange der Hosting-Anbieter nicht benachrichtigt wurde) offensichtlich konfliktieren. Dass der Gesetzgeber vorgibt, dass zwei Rechtsakte sich unberührt lassen, diese sich in der Sache aber sehr wohl intensiv berühren, bringt die Justiz nachvollziehbarerweise in größere Schwierigkeiten. Erwartbar wäre gewesen, dass sich nun intensiv mit den Rechtstexten anhand verschiedener Auslegungsmethoden, unter Prüfung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verhältnisses von speziellem zu allge-

meinem Gesetz und unter Berücksichtigung einschlägigen Primärrechts, insbesondere der Grundrechte-Charta, auseinandergesetzt wird. Anders der EuGH: Er stellt lapidar fest, dass der Verweis der DSGVO, dass die Haftungsregelungen der eCommerce-RL „unberührt“ bleiben, lediglich meint, dass sich „Wirtschaftsteilnehmer in anderen Fragen als solchen, die den Schutz personenbezogener Daten betreffen“, auf die Haftungsprivilegierung berufen können sollen (Rn. 134). Der Inhalt von Art. 2 Abs. 4 DSGVO erschöpfe sich demnach also in der deklaratorischen Wiederholung des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts – und (nur) wenn die DSGVO nicht anwendbar ist, sei Platz für andere Rechtsregime. In das Haftungsregime der DSGVO greift die Haftungsprivilegierung der eCommerce-RL, so der EuGH, jedoch nicht ein. *Russmedia* haftet also mit Veröffentlichung für die rechtswidrige Anzeige des unbekannten Nutzers (Rn. 135-136).

Uploadfilter für alles

Das ist ein Paukenschlag, der den Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung für Online-Marktplätze und -Plattformen auf ein absolutes Mindestmaß reduziert. Sobald ein Inhalt, sei es ein Kommentar, ein Bild oder ein Video, personenbezogene Daten enthält, besteht vom Zeitpunkt der Veröffentlichung an die haftungsrechtliche Verantwortung der Online-Plattform. Bei den Inhalten, um die sich die Debatte über die Verantwortung der Plattformen in den letzten Jahren dreht (unter anderem mit grundlegenden EuGH-Entscheidungen wie [Glawischnig-Piesczek](#)) – seien es Verleumdungen, Deepfakes oder sonstige Persönlichkeitsrechtsverletzungen – besteht immer ein Personenbezug, sodass der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet ist. Somit gilt für die Plattformen in diesen Fällen nun nicht mehr *notice-and-takedown*, sondern vielmehr *publish-and-perish*. Lässt eine Plattform die Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte ihrer Nutzenden zu, haftet sie. Welche praktischen Folgen hat das? Um ihrer datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen, müssen Plattformen umfangreich KI-gestützte Filtersysteme installieren, die aus der Vielfalt der verschiedensten (Meinungs-)Äußerungen

von Nutzenden die (potentiell) rechtswidrigen Inhalte erkennen und ihre Veröffentlichung verhindern. Die Verpflichtung zur Umsetzung „technischer und organisatorischer Maßnahmen“ (TOMs) zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen aus Art. 24 und 25 DSGVO wird so zur „Uploadfilterpflicht“ (zum fragwürdigen Verständnis von TOMs als „Identifizierungspflicht“ für Nutzer, vgl. Rn. 85-106 *Russmedia*). Da Inhalte, die fälschlicherweise zunächst als unproblematisch eingestuft wurden und sich später als illegal erweisen, für die Betreiber ein Haftungsrisiko bergen, besteht ein erheblicher Anreiz für Online-Plattformen, im Zweifel auch legale Inhalte nicht zu veröffentlichen (*Over-Blocking*).

Es ist genau diese Gefahr der Unterdrückung rechtmäßiger Beiträge, die 2019 im Kontext der Urheberrechtsreform zehntausende Menschen gegen „Uploadfilter“ [auf die Straße gebracht hat](#). Hierbei ging es um eine Einschränkung der Haftungsprivilegierung für „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“, also beispielsweise Anbieter wie YouTube, in Bezug auf urheberrechtlich geschützte Inhalte, sofern diese nicht „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards [...] alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke [...] nicht verfügbar [sind]“ ([Art. 17 Abs. 4 lit. b\) DSM-RL](#)). Der EuGH hat betont, dass diese offene, technikneutrale Formulierung letztlich eine Verpflichtung zum Einsatz automatisierter Erkennungs- und Filtersysteme für eine „vorherige Kontrolle“ darstellt (Rn. 54, [Polen v. Parlament/Rat](#)). Sollte ein solches Filtersystem zur „Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen“, so wäre es mit der in [Art. 11 Grundrechte-Charta](#) garantierten Meinungs- und Informationsfreiheit unvereinbar (Rn. 86). Er nimmt hierbei auch seine Rechtsprechung in *Glawischnig-Piesczek* auf und wiederholt, dass Rechteinhaber (im Urheberrecht) oder betroffene Personen (bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen) die entsprechenden Inhalte derart konkretisieren müssten, dass der Diensteanbieter die Inhalte nicht „eigenständig inhaltlich beurteilen [muss]“ (Rn. 89-90).

Während der EuGH in 2022 auf die polnische Nichtigkeitsklage hin die Grundrechtskonformität

einer expliziten gesetzgeberischen Entscheidung in der Urheberrechtsrichtlinie – auf über 41 Randnummern – nur bejahen konnte, nachdem er die vielfältigen verfahrensrechtlichen Absicherungen mitberücksichtigt und den Gesetzestext grundrechtskonform ausgelegt hatte, ist ihm dies nun in *Russmedia* keine Erwähnung mehr wert. Sollte das europäische Datenschutz(!)recht tatsächlich so auszulegen sein, dass es – indirekt und ohne jeden Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber hierauf abzielte – eine umfassende Überwachung und Filterung von Kommunikationsinhalten vorsieht, so hätte der Gerichtshof detailliert prüfen müssen, ob diese Vorschriften mit der Meinungs- und Informationsfreiheit der von den Filtersystemen betroffenen Nutzenden vereinbar ist. Der EuGH begnügt sich hingegen damit, ohne jede weitere Begründung festzustellen, dass nicht sein kann, was nicht sein darf: Eine Erfüllung der Pflichten aus der DSGVO könne nicht als „allgemeine Überwachungspflicht eingestuft werden“ (Rn. 132). Hilfreicher und überzeugender wäre eine Interpretation gewesen, die die einfachrechtliche Haftungsprivilegierung aus eCommerce-RL und DSA weiter grundrechtlich einbettet (und damit die Rechtsprechung zur Urheberrechtsrichtlinie fortschreibt) und gleichzeitig die diffusen Ausnahmen für „spezielle Überwachungspflichten“ klarer konturiert. Stattdessen verbleibt der erschütternde Eindruck, dass der EuGH sich der Tragweite seiner Entscheidung nicht im Ansatz bewusst war.

Rechtsfortbildung, die am Anfang steht

Etwas ratlos fragt man sich am Ende der Lektüre dieser Entscheidung, wie es nun mit der Haftung von Hosting-Anbietern für die Inhalte Dritter weitergehen soll. Die Entscheidung selbst betrifft zwar nur einen „Online-Marktplatz“ und die inzwischen abgelöste eCommerce-RL, in den Ausführungen des EuGH lässt sich jedoch keine Einschränkung finden, wonach die Grundsätze nicht unmittelbar auf Online-Plattformen und die Haftung nach dem DSA anwendbar wären. Dabei ist insbesondere zu betonen, dass diese Grundsätze nicht nur die *Big Tech*-Dienste wie X (ehemals Twitter), Facebook und TikTok betreffen, sondern grundsätzlich auch jede nischige und gemein-

wohlorientierte Online-Plattform. Von sehr großen Plattformen wie Wikipedia bis zu kleineren Mastodon-Instanzen dürften die Auswirkungen ganz erheblich sein. Diese Angebote würden in ihrer Existenz bedroht sein, würde der Haftungsumfang nicht weiter begrenzt werden. Etwas Spielraum für zukünftige Beschränkungen dieser ausufernden Haftung dürfte zweierlei bieten: erstens die Voraussetzungen für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit (Rn. 66-67, wie verhält es sich beispielsweise bei nicht-kommerziellen Diensten ohne algorithmische Kuratierung?); und zweitens die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie der Bezug zu besonders sensiblen Daten im konkreten Fall (vgl. dazu Rn. 39-40 zu den Fragen des vorlegenden Gerichts). Darüber hinaus hat der EuGH in anderen Entscheidungen auch im Datenschutzrecht *notice-and-takedown*-ähnliche Verfahren etabliert (Google Spain, siehe dazu m.w.N. auch Bäcker in BeckOK Datenschutzrecht, 54. Ed., Art. 2 DSGVO, Rn. 35).

Die Möglichkeit, diese neue Rechtsprechungslinie mit weiterzuentwickeln, bietet sich nun für den BGH: Seit mehr als dreieinhalb Jahren streiten sich Renate Künast und Facebook vor verschiedenen Instanzen über die Pflicht von Facebook, die wiederholte Veröffentlichung eines Falschzitats von Künast auf der Plattform zu verhindern. Während das LG und OLG Frankfurt am Main noch als Frage der Auslegung der haftungsrechtlichen Bestimmungen der eCommerce-RL angesehen hatten, hatte der BGH die Bedeutung des Datenschutzrechts erkannt und das Verfahren bis zu der hier besprochenen Entscheidung ausgesetzt. Es bleibt abzuwarten, ob dem BGH nun die Ausführungen des EuGH genügen oder er über weitere Vorlagefragen dem Gerichtshof die Möglichkeit bietet, seine missglückte Entscheidung einzufangen.

Marius Kühne, Andreas Kanakakis

Patchwork Policing

The Fragmented Regulation of Police AI in Germany, France, and Luxembourg

doi: 10.59704/c877215905499466



Across Europe, police forces are gradually acquiring powers to deploy artificial intelligence (AI). In November 2025, the federal states of Baden-Württemberg and North Rhine-Westphalia amended their state police laws to enable or expand the use of the US intelligence software Palantir – and thus triggered debate on AI use. In neighbouring France and Luxembourg, legislative debates have not yet escalated to the full regulation of automated data analysis, with both countries prioritising the authorisation of AI-supported video analysis in public spaces.

While the regulatory details may differ, the underlying dynamic is the same: legislatures are progressively expanding AI-assisted police powers without a coherent regulatory concept, exposing fundamental rights to uneven and unnecessary risks. Yet the use of AI by the police creates a variety of threats to the privacy and personal data protection of those (unwittingly) affected. There is also concern that new technologies, which law enforcement agencies do not control alone, will increase dependence on companies with sometimes questionable reputations. A joint regulation of police AI could both mitigate these risks and send a strong signal of Europe's independent, rights-centred path distinct from that of the US.

Constitutional requirements for the use of automated data analysis

In Germany, the states of Hesse (in 2018 with Section 25a HSOG) and Hamburg (in 2019 with Section 49 HambPolDVG) were the first to establish powers for automated data analysis in their police laws – and constitutional complaints were filed against them. In

February 2023, the BVerfG ruled on Hamburg (1 BvR 2634/20) and Hesse (1 BvR 1547/19), establishing the requirements for police powers to perform automated data analysis (see [here](#) and the following references). In doing so, the court demonstrated in an almost textbook manner that the severity of the interference with fundamental rights by automated data analysis can vary depending on the legal framework (para. 75 ff.). The legal requirements for constitutionally compliant data analysis must correspond to the respective severity of the interference, which the challenged provisions did not do.

This requires the interaction of various factors to be taken into account, such as the type and scope of the data involved (para 79 et seq.) and the methods of analysis and evaluation used (para 91 et seq.), which can both increase or reduce the intensity of the interference. Therefore, the legislature must, in particular when it comes to the prevention of crimes that do not yet pose a concrete threat, “lay down the essential principles for limiting the type and scope of the data and the processing methods themselves by law” (para. 112). The court thus laid the foundation for further constitutional debate on data analysis using artificial intelligence and, in particular, the controversial Palantir software.

Legislative reforms in Germany and their shortcomings

New momentum has now been brought to the debate by legislative reforms in the two federal states of Baden-Württemberg and North Rhine-Westphalia, both of which recently amended their state police laws to enable or expand the use of Palantir. When

comparing the new provisions in [Section 47a PolG BW](#) and [Section 23 \(6\), \(6a\) PolG NW](#), it is interesting to note that the two federal states take very different approaches. Baden-Württemberg opted for a graduated approach, specifying which data categories are excluded, included, or, if necessary, added as supplementary information to the analysis. Data from residential surveillance and online searches – generally considered the most serious interferences with fundamental rights in police data collection law – are excluded by the law. Regularly included are case processing data (criminal complaints, investigation reports, notes with data from informants and witnesses), case data (mainly data on persons involved in criminal investigations and their contacts), and data from police information systems. In addition, telecommunication traffic data (e.g. who called whom, location data), data from evidence, data from non-state databases or from separately maintained state registers, and data from separately stored internet sources may be included on a supplementary basis, where necessary, in individual cases. The inclusion of traffic data from cell site queries and the content of monitored telecommunications is only permitted in cases involving a concrete or specific danger ([Section 47a \(3\) PolG BW](#)).

North Rhine-Westphalia, on the other hand, refrains from such detailed regulations and merely stipulates that data from residential surveillance or online searches may only be included if this is essential to avert a present danger to the life, body or liberty of a person ([Section 23 \(6a\) Sentence 4 PolG NW](#)). Otherwise, the state law does not contain any provisions. It even allows the use of self-learning systems, which had previously been prohibited, thereby further interfering with fundamental rights. With such *carte blanche* for automated data analysis, the parliament in North Rhine-Westphalia leaves it to the administration to regulate the essential requirements for the use of AI in internal guidelines. This does not comply with the constitutional requirements outlined above. This comparison shows how differently two states deal with the risks identified in the use of AI by the police, despite clear guidance by the Federal Constitutional

Court. A look at other European countries confirms that legislation on police AI seems to be shaped more by current political events rather than by a coherent legal approach.

Police Use of AI in France and Luxembourg

The legislative frictions across Germany reflect a political will to make automated data analysis fit within constitutional boundaries. Although such political effort has not yet been observed in France and Luxembourg, recent legislative developments in both countries show a determination to integrate AI tools into policing – albeit through a narrower regulatory focus on automated video analysis.

France moved particularly fast in regulating police AI uses against the backdrop of a sustained terrorist threat that can be traced back to major attacks such as the 2015 Bataclan massacre. Ahead of the 2024 Olympic and Paralympic Games, the French legislature adopted the *loi n° 2023-380 du 19 mai 2023* (“[Loi JOP 2024](#)”), which, among several exceptional security measures, authorised experimentation with algorithmic video-analysis for the purpose of detecting predefined security-relevant events in public spaces such as abandoned objects, unusual crowd movements, intrusions into restricted areas, or fire outbreaks.

This legal framework limited the experiment to image data only, explicitly excluding biometric identification and confining processing to a closed list of safety-related events. Although conceived as a short-term, narrowly circumscribed experiment, political momentum quickly shifted: both the Paris Police Prefecture and members of the government publicly endorsed extending the experiment until the end of 2027. The Constitutional Council [blocked the extension](#), but only on procedural grounds, without examining the substance of the measure (unlike the German Federal Constitutional Court). In fact, it held that the extension amounted to a *cavalier législatif* (a “legislative rider”), as the initial law was adopted with the accelerated process and its extension was inserted into a bill with which the former had no connection. Crucially, the Council did not rule out a permanent application of algorithmic video analysis, thereby

allowing the gradual normalisation of overly intrusive police powers.

Luxembourg has taken a more restrained approach, which reflects both the reportedly limited use of AI tools by the police and the country's relatively low levels of complex crime. Its debate surrounding [amendments](#) to the 2018 police law focused on authorising the use of video surveillance systems in public spaces. The new article 43ter enabled the police, with the authorisation of the Ministry of Internal Security, to capture incidents in predefined zones, including through zooming and automated analysis.

As in France, the authorised processing is limited to image data expressly for prevention, detection and prosecution purposes. Yet supervisory authorities warned that these statutory limits were not sufficient to prevent broader interferences with fundamental rights. Both the National Data Protection Authority and the Consultative Commission of Human Rights raised concerns ([here](#) and [here](#), respectively) about e.g. the absence of explicit purpose limitation tied to police missions, the lack of detailed criteria for designating surveillance zones, as well as the fact that the text regulates camera deployment but not the software operating them, leaving room for later functional upgrades (including AI-supported analysis) without renewed authorisation. While the Parliament [addressed](#) only part of this criticism, the adopted text remains flexible to accommodate future technological developments, signalling the political interest in equipping police with new powers and the use of AI-driven tools.

EU dynamics vs. Member State practices

The examples of France and Luxembourg show that the lawful scope of AI use by the police is so far determined by the interplay between targeted application of narrow frameworks and constitutional review – often in fragmented ways that fall short of human rights standards. However, examples from the German states also show that even well-founded rulings by the constitutional court do not automatically lead to uniform legislative practice. It seems that it is the task

of national parliaments to strike an appropriate balance here.

At the national level, debates remain relatively hesitant and inconsistent, mainly because the implications of the [EU AI Act](#) for law enforcement are still unfolding. Once fully implemented, the Regulation is expected to clarify the conditions under which commercial and in-house tools may be used by the police, while prompting Member States to revisit their domestic legal frameworks. Eurojust's [recent mapping](#) confirms that currently, national approaches differ among Member States. Some favour the adoption of new statutory laws, others lean towards non-binding guidelines, while a third group considers existing laws sufficient to absorb AI-driven policing. The fragmentation is not surprising given the current lack of concrete EU-level guidance. The only exception is the European Parliament's [2021 Resolution](#) on AI in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, which, though useful, remains non-binding and predates the AI Act. The Commission's forthcoming Guidelines (as per Art. 6 (5) EU AI Act) on high-risk AI systems, expected in February 2026, may therefore play a significant role in limiting divergence among Member States.

In any foreseeable scenario, EU data protection laws – the General Data Protection Regulation and particularly the Law Enforcement Directive – will remain central, already providing a harmonised framework for processing personal data by law enforcement authorities. As such, they are solid ground for safeguarding the rights to privacy and data protection. We should closely observe if this ground will remain solid once the AI Act becomes fully operational, and as the saga of the Commission's recently introduced (and [critically seen](#)) Digital Omnibus Package concludes.

Michał Czerniawski

EU's Digital Sovereignty and the Rights-Based Imperative

Linking Enforcement, Competences and Fundamental Rights

doi: 10.59704/221c82ced6d670b6



On 18 November 2025 in Berlin, during the [Summit on European Digital Sovereignty](#), the EU Member States signed the [Declaration for European Digital Sovereignty](#) (the Berlin Declaration). It constitutes a political commitment, designed to provide a common framework for the enhancement of Europe's digital capabilities. The Berlin Declaration marks another milestone in the attempts of the Union and its Member States to articulate a coherent vision for their digital future. It rightly highlights the need to mitigate digital dependencies and to advance the EU's technological capabilities. Yet what remains strikingly absent is an explicit recognition of the central role that fundamental rights play in the EU's regulatory model. Equally missing is a stronger commitment to enforcement. Sovereignty is not only about building European chips, clouds, or AI models, it is also about ensuring that EU law can be effectively applied and enforced – including against powerful non-EU companies that shape the digital environment within the Union. Without this enforcement dimension, the pursuit of digital sovereignty risks being aspirational rather than operational.

Defining the European digital sovereignty

In recent years, digital or technological sovereignty has become a recurrent theme in European political discourse. The concept reflects the European Union's growing determination to reduce structural dependencies on foreign technologies and to secure greater control over its digital infrastructure, critical resources, data flows, and innovation ecosystems.

The [Summit on European Digital Sovereignty](#) reflects that trajectory. It was an *ad hoc*, Member State-driven initiative launched by Germany and France, with work on the Berlin Declaration [initiated by Austria](#). Although concluded outside of the EU's institutional framework, all Member States support the document, which includes references to both the Member States and the EU as an institutional actor.

The Berlin Declaration defines digital sovereignty as “the EU and its Member States’ ability to act autonomously and to freely choose their own solutions, while reaping the benefits of collaboration with global partners, when possible”. The pursuit of stronger strategic autonomy comes amid broader issues linked to changes in geopolitics and decline in international cooperation.

The overlooked pillar

Although the Berlin Declaration briefly invokes the need to preserve “European democratic values in the digital world”, this reference remains largely rhetorical. There is no concrete follow-up in the form of commitments that would operationalise these values in practice. Democracy is referenced in the Berlin Declaration only in a very specific context: the spread of disinformation, the threat posed by deepfakes and the increase in cyberattacks, thus failing to recognise it as a foundational principle that should actively guide the EU's approach to digital regulation and sovereignty. Therefore, the Berlin Declaration – much like the broader [rhetoric of the European Commission](#) – tends to frame digital sovereignty predominantly in

terms of capacity-building and infrastructural investments, marginalising the fundamental rights component. This focus risks reducing digital sovereignty to a matter of technical and industrial capability, rather than embedding it firmly within the Union's constitutional and democratic commitments and leaves a crucial aspect of European digital autonomy underdeveloped.

The EU as a sovereign actor: powers and limits

The EU's sovereignty has some structural constraints. Enforcement of key digital regulations, such as the [General Data Protection Regulation](#), relies heavily on national supervisory authorities, whose capacities and priorities vary significantly across the Union. Moreover, the EU can act only within the competences conferred upon it by the Treaties, which places legal boundaries on its activities. These systemic limitations are well illustrated by persistent tensions between the EU and its Member States over the division of competences, and have generated extensive case law before the CJEU, from well-known ones such as [6/64Costa vs ENEL](#) to the most recent [C-19/23Denmark vs European Parliament and Council on the Minimum Wage Directive](#). These structural and legal constraints can help to explain why the Berlin Declaration, despite numerous references to the EU as a whole, was formally signed outside of the EU's institutional framework.

The quest for meaningful sovereignty

The understanding of digital sovereignty, adopted by the signatories of the Berlin Declaration, is centred on building technological capacities for the Union and its Member States while reducing critical external dependencies. However, it overlooks the core element of sovereignty itself in its legal sense: the [ultimate authority to impose and enforce law](#).

The Berlin Declaration's definition of sovereignty begins with the reference to the ability "to act autonomously and to freely choose (...) one's own solutions". Yet this goal cannot be achieved without credible and consistent enforcement of EU law, particularly against large technology companies that operate across jurisdictions, manage vast datasets, and control

critical infrastructures used by millions of Europeans. The Declaration also emphasises the importance of "reaping the benefits of collaboration with global partners, when possible". However, such cooperation is only meaningful if extraterritorial enforcement works. Without it, global partners may benefit while bypassing regulatory obligations that bind EU domestic companies, creating an uneven playing field and undermining the credibility of the EU framework – as it is [already the case](#) in the area of data protection. Effective and reliable enforcement, including extraterritorial enforcement, is therefore a vital, yet often underestimated, cornerstone of genuine digital sovereignty.

European digital sovereignty in a global context

The global diffusion of digital technologies and the deep integration of transnational supply chains have exposed the European Union to forms of structural dependence on external actors and infrastructures. In domains such as cloud services, semiconductors, and advanced AI, the EU relies heavily on technologies developed and controlled by non-EU companies, which constrains its ability to shape the digital environment on its own terms. This imbalance highlights not only Europe's weaker industrial position, but also the risks that arise when foundational technologies are shaped by jurisdictions whose regulatory philosophies differ from the EU's approach.

A recent development that illustrates how relative sovereignty can be is the observation that US law can effectively [take precedence](#) over Canada's claims to data sovereignty. This example highlights how national control over digital assets can be constrained by the extraterritorial reach of more powerful jurisdictions and shows the practical challenges the Berlin Declaration faces in its aim to protect Europe's most sensitive data from external interference. It should also raise questions about the effectiveness of products and services marketed as "[sovereignty-friendly](#)". The [King v. OVH Canada](#) decision provides the latest illustrative instance in this ongoing discussion. Most critically, these developments bring us to a central and increasingly urgent question: whose law

governs situations when transnational actors – especially non-EU companies – operate across multiple legal regimes? And, even more crucially: which legal order will prevail when EU rules come into conflict with foreign regulatory frameworks?

Asking similar questions in the European context may lead to answers the signatories of the Berlin Declaration would prefer not to confront – namely, that Europe's own claims to digital sovereignty, including data sovereignty, remain vulnerable particularly when they are not backed by effective enforcement mechanisms. When caught between conflicting jurisdictions, a company will, in all likelihood, comply with the legal regime backed by the strongest and most credible enforcement capacity. In this light, political commitments such as protecting EU data from undue external interference or extra European laws may constitute obligations that are particularly difficult to uphold within the current geopolitical and technological landscape.

Asserting jurisdiction beyond the EU

The Berlin Declaration states that “Europe must take a proactive role in shaping international policy leveraging its strengths that will create a vibrant global digital ecosystem”. In this context, it is important to recognise that the European Union has, in recent years, adopted an increasingly comprehensive and ambitious digital regulatory framework. Key legislative instruments include the [Artificial Intelligence Act](#), the [General Data Protection Regulation](#), the [Digital Services Act](#), the [Digital Markets Act](#), the [Data Governance Act](#) and the [Data Act](#), among others. Together, these measures constitute a sophisticated regulatory architecture designed not only to govern digital markets and technologies within the Union, but also to project European standards outward.

A notable common feature of all these instruments is their extraterritorial reach. They are explicitly crafted to apply not only to entities established within the EU, but also to non-EU actors whose activities have effects within the EU's territory. In other words, the EU seeks to ensure that its regulatory standards govern

the digital environment experienced by its residents, regardless of where the relevant entity is based.

By extending its rules beyond its physical territory, the EU and its Member States aim, first and foremost, to “defend” themselves, that is, to prevent non-EU entities from circumventing European legal requirements and to maintain effective control over the digital ecosystem within its borders. It could also, of course, be seen as manifestation of EU's ambition to act not merely as a regulatory power within its own territory, but as a global norm-setter capable of shaping the behaviour of multinational technology companies.

Yet regulatory reach is meaningless without enforceability. We are not digitally sovereign if we lack the practical capacity to enforce EU law against the actors that shape our digital environment, regardless of where those actors are established. Digital sovereignty therefore requires the ability to ensure effective and enforceable jurisdiction over all relevant actors, including powerful non-EU companies that operate within the Union or have a significant impact on its digital environment.

The imperative of effective enforcement

The stakes, however, extend far beyond ensuring market fairness or creating a level playing field for entities operating within the EU. Digital sovereignty is inseparable from the protection of core European values and the safeguarding of fundamental rights. These values form the constitutional backbone of the Union and are integral to its approach to digital regulation. As such, the ability to exercise effective jurisdiction over external actors is not solely a matter of economic control, it is a prerequisite for upholding the Union's foundational commitments in an increasingly digitalised society.

The EU and its Member States have a constitutional obligation to uphold human rights, democracy, and the rule of law, as enshrined in [Article 2 TEU](#) and operationalised through the [EU Charter of Fundamental Rights](#). This commitment does not stop at the analogue domain – it necessarily extends into the digital sphere, where technological systems increasingly

shape social interaction, political participation, access to information, and even the exercise of fundamental rights themselves. Ensuring that these values are protected online is therefore not optional.

Defending fundamental rights in the global digital sphere

Policymakers from across Europe seem to equate digital sovereignty with the pursuit of innovation, technological capability, and competitiveness. While these dimensions are undoubtedly important, placing a stronger emphasis on fundamental rights and core EU values would have also another benefit: it would significantly reinforce the EU's ability to assert and defend its jurisdiction internationally. The EU's regulatory model already places considerable weight on the protection of human rights, democratic principles, and the rule of law. Elevating this dimension to a strategic tool could help consolidate the EU's position in global digital governance.

A rights-based framing offers a legal and normative foundation for EU's regulatory claims, including those with extraterritorial implications. International law, especially where linked to the protection of fundamental rights, can reinforce the credibility of EU action. When EU rules on data protection, AI, or platform regulation are grounded in internationally recognised human-rights obligations, the EU is **better positioned** to justify why certain standards should apply to entities outside its territory. By rooting its extraterritorial enforcement claims in universally endorsed principles rather than purely economic or security considerations, the EU can strengthen its global standing and mitigate accusations of regulatory overreach. A values-based approach thus not only reflects the Union's constitutional identity but also enhances its capacity to defend and extend its regulatory space in an interconnected digital environment.

Conclusion

With developments such as the Berlin Declaration, **the broader EU deregulation agenda** (see [here](#) and [here](#)), and **the forthcoming digital fitness check**, European policymakers have entered a global race for technolog-

ical innovation and global competitiveness. There is much to gain, and it is clear that Europe must strengthen its technological capabilities. Yet, such capacities alone do not guarantee sovereignty. The ability to set, apply, and enforce rules – including *vis-à-vis* powerful non-EU companies – is equally essential if the EU is to act as a genuinely sovereign actor in the digital age. At the same time, there are inherent limits to how far the Union can ensure enforcement in areas such as data protection, where its competences remain shared with – and in crucial aspects – dependent upon the Member States. The paradox is that empowering the EU on the global stage and strengthening its digital sovereignty requires not only action at the Union level, but also a strengthened commitment from the Member States to implement and enforce EU law effectively and, where necessary, extraterritorially. The EU's global standing in digital governance depends therefore also on the willingness and capacity of the signatories of the Berlin Declaration to act as credible enforcers of a shared legal order.

In pursuing technological leadership, the Union and its Member States must not sideline the values on which it is founded. Instead, they should leverage them to strengthen the legitimacy of EU's digital sovereignty, particularly when asserting extraterritorial jurisdiction over global tech giants. Through effective enforcement, political intentions – such as these expressed in the Berlin Declaration – become practical reality, enabling European standards and interests to guide the digital ecosystem rather than those of powerful non-EU corporations. Without such enforcement, calls for European digital sovereignty risk remaining symbolic rather than substantive in today's highly interconnected global digital landscape.

The views and opinions expressed in this blog post are those of the author and do not necessarily reflect the views or positions of any affiliated organisations or institution.

René Mahieu

The Ominous Omnibus

Dismantling the Right of Access to Personal Data

doi: 10.59704/a5de32786423a76c



The European Commission's Digital Omnibus proposal to impose additional limits on the right of access to personal data is not a technical clean-up of EU digital law, but a near verbatim reproduction of industry lobbying demands. The proposal restricts the very tool used by citizens, NGOs, journalists, workers, researchers, and civil society (most famously Max Schrems) to uncover systemic unlawful practices. Instead of strengthening EU digital competitiveness, the proposal threatens to dismantle a tool of counter-power and a cornerstone of data protection.

In November 2025, the EU Commission published the [Digital Omnibus Regulation Proposal](#) to “simplify” the digital acquis, including changes to the GDPR. Presented as a boost to EU competitiveness and innovation – echoing the 2024 Draghi report's call to close the technological gap with the US and China – the proposal instead risks weakening fundamental rights without making Europe more competitive. The proposal has drawn strong criticism from [DPAs](#), [NGOs](#) and [multiple academics](#) who argue that with this the Commission would retroactively legitimise unlawful data-intensive business models and uses omnibus legislation to push through substantial changes to fundamental rights without sufficient justification or democratic scrutiny.

This contribution focuses on the proposed change to the right of access to personal data – an essential tool for citizens ([NGOs](#), [investigative journalists](#), [unionized workers](#), [researchers](#), [individuals](#)) to understand, assess and contest unlawful practices. For example, [Privacy International used the right to uncover grave abuse of personal data by data brokers, leading regulators to impose a hefty fine](#). The right is

enshrined in Article 8(2) of the [Charter of Fundamental Rights of the EU](#), and is generally considered a cornerstone of data protection law. Still, as my research and the experience of many citizens attest to, the right currently already does “[not fully meet its emancipatory potential](#)”, because of non-compliance and lack of enforcement. Now, [the Commission proposes](#) (p35-36 and 80) that controllers should be allowed to reject requests that are made for purposes other than data protection, and unspecified requests (for all data). A seemingly technical adjustment that would have dire consequences if adopted.

This change would hollow out an essential tool for citizens to assess and contest unlawful practices. While the Commission suggests it is merely “clarifying” the existing law, it in fact radically departs and is directly opposed to current doctrine and ECJ rulings and will create rather than resolve legal uncertainty. All the while, EU competitiveness in digital industries is unlikely to be improved by these changes, because it dismantles a right that is used to contest unfair business practices and thereby contributes to fair competition. The root cause seems to be that the proposal is based more on listening to industry associations representing the interests of US tech companies and German landlords, rather than on sound independent problem analysis.

The Council and the European Parliament should reject or significantly amend this restriction. The flaws in this specific provision should give everyone reason to seriously scrutinize other elements of the proposal, and ask whether they are reasonable steps to help Europe thrive.

An unclear amendment to Article 12(5)

Under the GDPR, individuals may ask controllers whether they process their personal data, and receive access to those data and information about the processing. Article 12(5) permits controllers to refuse requests, or request a fee, when they are ‘manifestly unfounded or excessive’, in particular because of their repetitive character. According to the ECJ *Österreichische Datenschutzbehörde – Excessive requests*, as well as the EDPB this clause is an expression of a general principle of EU law, which means that rejecting abusive requests is allowed. As the EDPB explains, it can be invoked for instance for requests that are used as a means of blackmail or requests made with the mere intention and effect of causing disruption at the controller.

To this existing provision, the Commission proposes to add that access requests can also be deemed excessive when a data subject “abuses the rights conferred by this regulation for purposes other than the protection of their data.” The application of this clause is ambiguous. It could either just mean that abusive requests are not allowed, or that any use for purposes other than data protection should be seen as abusive, and therefore rejected by the controller.

In the proposed Recital to the provision, the Commission makes things even more confusing. First, it adds that exactly the type of situations that the EDPB considers abusive should be seen as abusive – which is unnecessary because this was already established, and also does not help clarify the unclarity of the main provision. Second, the Recital adds that controllers can reject overly broad and unspecified requests. However, since Recitals cannot restrict rights, this also adds additional ambiguity as long as it is not made explicit in the actual provision.

Restricting the purpose of the right of access

The main proposed change, of allowing access requests only when they are intended for the protection of personal data, may look reasonable at first sight. But, in fact, it will lead to immense legal uncertainty, is diametrically opposed to recent case law of the ECJ

while suggesting to merely clarify the status quo, and is likely to go against the essence of the fundamental right to data protection.

The crucial problem is that the right of access to personal data is best defined as “[intent agnostic](#)”, or “[motive-blind](#)”. After a long and messy history of controllers sometimes successfully refusing access on grounds that requests made for reasons that allegedly fell outside the scope of data protection [e.g. *Nowak* and *YS and others*], the ECJ has ruled in *Copies of medical records* that controllers have to provide access to personal data independent of the reason for which the data subject has made the request.

This ruling fits with the historical roots of the right, which show the purpose as allowing people to defend their rights and interests on the basis of information about themselves, and to force those in power [to be accountable](#) to those who are subject to their authority.

In practice, [Uber drivers](#), for instance, have collectively used their right of access to prove and contest unlawful labour practices by the company. Similarly, patients request access to their medical files to prove alleged wrongdoing, such as [in a case of women](#) in Slovakia claiming to have been sterilized against their will by medical personnel during their stay in hospital.

The right is and should continue to be [used to scrutinize and challenge](#) digital infrastructures or ecosystems, beyond mere questions of data protection. The Union legislator stated that the GDPR protects all fundamental rights (Article 1(2)). This is not a “problem” but an intentional choice, and not something the Omnibus should try to change.

Conditioning access on motive is unworkable; a controller cannot know a data subject’s “true intention.” Individuals could simply state their purpose is data protection, rendering the clause ineffective while encouraging protracted litigation and inconsistent interpretation.

Specificity requirements erode accountability

In the proposed recital on the change to the provision on excessive requests, the Commission proposes that data subjects would be obliged to specify which infor-

mation they want to receive, and that ‘overly broad and undifferentiated requests’ should be regarded as excessive. Currently, Recital 63 GDPR allows controllers to ask data subjects to do so, but according to [EDPB interpretation](#) (paragraph 35), data subjects are allowed to refrain from reducing the scope of their request and demand access to all data.

When the data subject does not know yet which personal data the controller holds, and how the controller processes it, they are not in a position to specify the request to exactly what they need for assessing the lawfulness of the processing. Requiring data subjects to specify which data they want to access takes away the obligation for controllers to provide access to all personal data. This creates an enormous opportunity for abuse by the controller, allowing them additional room to withhold information that would have the potential to reveal unlawful behaviour.

This is not a merely theoretical concern. For example, Facebook repeatedly refused to provide Max Schrems with *all* of his personal data on the grounds that his request was allegedly excessive, arguing that their download tool provided everything that was ‘relevant’ for data subjects. The [Austrian Supreme Court](#) (152-155) rightfully rejected this claim by Facebook.

Questionable values, economics, and method

Contrary to the Commission’s claim that these amendments are “technical in their nature” and “preserve the same standard for protections of fundamental rights”, they represent a clear step back in citizen emancipation and protection of fundamental rights. Fundamental rights exist precisely to impose checks on power, even if this creates administrative burdens. Some requests may appear inefficient, but due process and the rule of law require tolerating this type of inefficiency to prevent abuse.

Evidence suggests the social benefits of access rights far outweigh the costs to controllers. There are many instances of supposedly excessive and/or non-data protection related access requests that have significant societal benefits. Access requests have been instrumental in safeguarding the right to privacy and

protection of personal data, but other [fundamental rights as well](#). Also, claims of abuse and inefficiency are often made by controllers in cases where citizens use the right of access to address illegitimate practices.

To the extent that the EU economy faces competitiveness challenges, it is reasonable to examine regulatory burdens. Yet it is unclear how restricting access rights could meaningfully enhance European innovation. US companies serving EU users must comply with the GDPR regardless of the Omnibus. No aspect of the proposed changes uniquely benefits European companies.

To the contrary, the proposed changes would take away a tool that is often effectively used by citizens to contest unlawful behaviour by big tech companies from the United States. If anything, citizens use the right of access as is to help create a level playing field, on which European companies should not have to compete with companies that consistently break the law.

Regulatory stability is vital for investment and innovation. By overturning clear guidance provided by the ECJ and EDPB, the proposal will cause new and greater legal uncertainty. It risks hurting competitiveness, especially of those businesses that abide by the current rules.

Fundamentally, the proposal seems to be ill-conceived because it was not based on a sound policy analysis. It would make sense to have independently minded experts – with input from all relevant stakeholders – make an impartial, holistic and coherent analysis, to determine what changes could be made to achieve the goal, and at what potential costs. Instead, the proposal lacks any clear substantiation on how the proposed change would help reach the policy goal.

What is worse, the language of the Commission’s proposal seems like a bricolage of an almost literal copy-paste of feedback and consultation provided by three trade organizations, Alliance Digitale, the German Property Federation and the [European Games Developer Federation](#). For instance, [Alliance Digital](#), which represents digital marketing professionals, [including US big tech firms Meta and Uber](#), stated “the absence of clear guidance regarding the scope of data

subject rights exposes companies to compliance risks while offering limited added value to individuals”. The landlords stated “the right of access is sometimes misused, for example to pursue unrelated claims (e.g. complaints, rent reductions)” and asked the Commission to change the law to ensure that “generic formulations should be rejectable.” The impression that the Commission added these changes to abide to request made by industry is strengthened by the fact that the original [call for evidence for the Digital Omnibus](#) did not contain any mention suggesting the Commission wanted to limit the right of access.

The perspective that should be taken into account, about the cost/benefit of deciding the extent to which a right is expanded or limited, is on the right’s societal value – not only the value for those who happen to have the loudest voice, the deepest pockets or the ear of the Commission. The proposal builds on uncritically accepting at face value statements by companies and public authorities that do not want the additional scrutiny afforded by the right of access to personal data, as opposed to improving the EU’s innovative potential.

The EU can do better. We should not aim for a Union where companies become competitive in producing goods and services by trampling fundamental rights in an unwinnable race to the bottom. We ought to create a socio-economic and legal environment in which industries can only thrive by making goods and services that protect those fundamental rights.

Wojciech Zomerski

Populism Is Here to Stay

On the Perils of Democratic Restoration in Poland

doi: 10.59704/b1bfaaf9a82c1409



Over the past months, clouds have begun to gather over Viktor Orbán's regime. Facing polls that suggest a potential defeat in the upcoming elections, the champion of "illiberal democracy" has hinted that, in response to what he calls the failure of European migration policy, [Hungary might consider withdrawing from the European Convention on Human Rights](#). After the recent CJEU judgment obliging Hungary to recognise same-sex marriages concluded in other EU member states, he insisted that "[nobody can force Hungary to do anything](#)". As if that were not enough, his government secured an [opt-out from the Migration Pact](#), while his political grouping in the European Parliament [voted against the Green Deal](#). Orbán triumphantly posted on X:

"As I said, Hungary will not accept migrants under the Migration Pact. Nor will it pay for it. That decision has already been made. We act, we don't talk."

Finally, despite Hungary having one of the strictest abortion laws in Europe, he [dismissed the possibility of liberalisation during this term](#), and in the meantime accused Hungarian women of not having children because they [are self-indulgent and too accustomed to comfort](#).

All of the above statements are true and recent – with one caveat: they are not actually about Hungary and Orbán, but about Poland's pro-democratic government under Prime Minister Donald Tusk, a former president of the European Council, who, following the presidential defeat of his preferred candidate in June 2025, recalibrated – or, more precisely, intensified – his strategy of imitating illiberal political forces, to the

extent that his political rhetoric could easily be now mistaken for Orbán's.

The abyss staring back

Even if the most striking, this dynamic is hardly a Polish speciality. Emmanuel Macron has travelled a long path from progressive liberalism to pragmatist or simply cynical positions. Friedrich Merz has [openly embraced positions once confined to the margins of German political debate](#). Keir Starmer has repeatedly repositioned himself to capture [voters shifting rightwards](#). Across Europe, and beyond, mainstream leaders seem convinced that imitating the right will keep the right at bay. Few reminders are more powerful than when you stare into the abyss, the abyss stares back at you.

In my [June 2025 piece on the Polish presidential election](#), I argued that, regardless of its normative assessment, this strategy may be politically misguided. [Empirical data indicate](#) that voters eventually choose the original rather than the copy. Suggesting that a state might withdraw from the ECHR or ignore CJEU rulings – even if done insincerely for short-term political gains – only normalises the agenda of the far right and reinforces the impression that euroscepticism and anti-immigrant positions were legitimate from the outset.

The earlier loss of Kamala Harris, the rise of Nigel Farage in the UK under Starmer, and the growing support for radical far-right parties in Poland – emerging precisely in connection with Tusk's rightward shift – seem to confirm this trend. As far as Poland is concerned, this is far more alarming than the previous ruling party PiS, which at least displayed some self-

restraint, pursued a generally pro-Ukrainian agenda, and [embraced certain progressive socio-economic policies](#). In this sense, today's pro-democratic forces in Europe and beyond risk becoming a reversed version of Faust's Mephistopheles. Whereas Mephistopheles "ever wills evil and ever works the good," liberal politicians will the good – that is, countering illiberal forces – yet, by imitating their strategies, end up laying the groundwork for those forces' electoral success.

The myth of "pro-democratic" political forces

What are the implications of this troubling development for what is, in fact, at least in the recent European context, a Polish speciality: the process of democratic restoration? Following the October 2023 election in Poland, which brought Tusk's pro-democratic Civic Coalition to power and ended PiS rule, Yaniv Roznai and Amichai Cohen [warned against premature optimism about its outcome](#). Drawing from Israeli experience, they argued that "post-populists have more in common with populists than they would care to admit", and the mechanisms of governance inherited from populist predecessors "might lead them on a route that, while not identical to the populist one, might come dangerously close to it". This is because populist forces benefited from and uncovered "serious flaws in democracy", and until these flaws are solved, "populism is here to stay".

Similar implications, albeit in a more detailed and empirically grounded form, appear from the paper on the [myth of democratic resilience](#). Drawing on extensive comparative data, the authors show that democratic restoration is rarely a success story: in the long term, most countries are unable to sustain their recoveries. They identify three mutually reinforcing factors:

First, the need to confront authoritarian holdovers ("autocratic enclaves"), including the rules and institutional arrangements left behind by populist governments, leading to the dilemmas about measures and pace in undoing them; second, changes in the international environment that weaken incentives for full democratisation (i.e., the impact of Trump's presidency); and third, undemocratic tendencies within the "pro-democratic" camp itself, which are rooted in the

same political-institutional system that previously enabled autocratic leaders to gain power.

In this mix of these three factors, liberal actors may come to rely on the very instruments of executive aggrandisement that they had previously criticised.

Poland's post-populist populism

This dynamic is arguably observable [in post-2023 Poland](#). First, Tusk's gradual metamorphosis has unfolded under the shadow of Trump's political return. Second, from the outset, the democratic coalition faced a structural dilemma: how to undo PiS-era reforms in the presence of "autocratic enclaves", e.g. a PiS-backed president and a [Constitutional Tribunal captured by PiS](#)? In many areas, the government refrained from action, waiting for more favourable political conditions – frustrating its electoral base with what "being busy doing nothing". Yet in domains where delay seemed impossible, it resorted to sub-statutory measures and other controversial "second-best" solutions. It pushed through post-2023 changes in the board of national television (TVP), by initiating a liquidation procedure under the Commercial Companies Code, which enabled the appointment of a new board. It also replaced the National Prosecutor in a highly contested move by the Minister of Justice and Prosecutor General, relying on a disputed interpretation of prosecutorial regulations. Finally, in 2024, the Sejm adopted a resolution attempting to "reset" the Constitutional Tribunal by declaring certain prior judicial appointments and rulings invalid.

In public debates, the government has faced criticism from both directions: for being too cautious and legalistic, and for being too impatient and revolutionary. Unsurprisingly, the former view has prevailed among its supporters, while the latter is championed by its critics and by those presenting themselves as independent – a group often referred to in Polish discourse as "[symmetrytists](#)."

This divide, to some extent, translates to similar controversies within scholarly debates. Some authors seek to justify "second-best" solutions under conditions of legislative deadlock. For example, within the framework of "[democratic frontsliding](#)", they argue

that “transgressive acts of rule-breaking” of pro-democratic government may be normatively justified if they are conscientious (undertaken in good faith to bolster public justice) and civil (subject to a proportionality test and publicly justified). Others – such as lawyers associated with the Helsinki Foundation of Human Rights – remain critical of such strategies, [emphasizing the importance of undoing PiS-era reforms through proper statutory procedures and securing due process](#), rather than relying on transgressive rule-breaking or sub-statutory measures.

Both scholarly attitudes, however, are not without flaws. The former risks naïveté: it presumes the good faith of political forces that present themselves as pro-democratic but, as the Polish case illustrates, remain susceptible to the temptations of power and demagogic rhetoric. The latter is overly idealistic, overlooking the political reality and complexity of the Polish system of checks and balances, in which holding an ordinary majority in the Sejm is not, by itself, sufficient to govern effectively. Although this stance is framed in the language of legal certainty, in political reality, it offers little prospect for meaningful change and instead perpetuates a prolonged state of legal uncertainty.

Outlook

So far, the government has exercised restraint in resorting to second-best solutions. The change in the Ministry of Justice from Adam Bodnar to Waldemar Żurek, however, may signal a shift in this regard. Żurek [has recently suggested](#) that, if the statute aimed at restoring an independent judicial council is vetoed by the President, the government might justify abstaining from applying the existing statute by invoking the [Radbruch formula](#). That formula – holding that one must obey the law unless it reaches an extreme level of injustice – was an intellectual construct developed after the Second World War to justify holding Nazi officials accountable despite their defence that they were merely following orders. Leaving aside whether this is a defensible historical analogy or an appropriate use of the Radbruch formula, Żurek’s statement may signal a growing openness to second-best solutions.

Yet the real test of the government’s good faith may still lie ahead. To date, the normative justification for sub-statutory and other “second-best” measures has rested on the lack of viable alternatives – a blocked legislative route due to presidential veto and the impossibility of constitutional review due to the Tribunal’s lack of independence. Against this background, the government has abstained from nominating judges to the Constitutional Tribunal, citing the [2024 Sejm resolution](#) which stated that the Tribunal, due to the presence of fake judges, does not meet the criteria of an independent court under European jurisprudence. However, with five seats currently vacant and another three expected to open in the coming months, an absolute majority of independent judges out of the total fifteen could emerge by mid-2026. This would create an opportunity to invalidate key statutes undermining judicial independence in a manner that is more socially legitimate than continued reliance on sub-statutory measures.

The question, then, is whether the government will finally seize this opportunity – or whether it will continue to abstain, enjoying the absence of effective oversight and the benefits of governing through sub-statutory instruments. Such a course would risk vindicating Roznai and Cohen’s concern that post-populist actors may come to rely on the very instruments left by their populist predecessors, thereby normalizing sub-statutory governance and entrenching – rather than reversing – the executive aggrandizement.

Failure to act

Finally, and only briefly, it is – if not surprising – quite striking how little dialogue exists between the practical enterprise of democratic restoration and the theoretical scholarship on democratic erosion. Scholars have long identified the structural conditions that enable illiberal politics: [rising socio-economic inequalities](#), [overly-strong executives](#), as well as a [rise of illiberal public spheres](#). Yet pro-democratic forces in Poland and elsewhere do remarkably little to address these complex but pressing problems. Instead, they focus almost exclusively on undoing PiS’s judicial reforms and holding PiS officials accountable,

approaching the restoration of the rule of law through a narrow, legal-formalistic lens.

Conclusion

The purpose of this piece is not to enter a cynical game and claim that liberal leaders, in Poland and elsewhere, are “just as bad” as their populist counterparts. They are not, at least not yet. Instead, this piece should serve as a warning: if no political force is entirely immune to the temptations of unconstrained power or to the use of populist rhetoric for short-term electoral gain, then scholars developing theories that justify democratic transgressions must remain alert to this uncomfortable fact. It may be the case that the enemy of our enemy is not necessarily our friend. The critical gaze we direct at the demon of populism must, with equal resolve, be directed toward those who claim to rescue us from it. Only then can we avoid replacing one set of democratic pathologies with another – and preserve the integrity of the democratic project itself.

At the same time, the persistence of populism in Poland may suggest that the rule-of-law crisis is, in fact, a broader crisis of democracy itself – rooted in extra-legal factors such as [socio-economic inequalities](#), [an overly centralised system of governance](#), and [social polarization](#) fuelled by the digital sphere. Unless these underlying problems are addressed within our polities, populism as a mode of governance – as Roznai and Cohen warned – is likely to stay, not merely as one alternative among many, but increasingly as a defining feature of all politically successful projects.

Ulrich Wagrandl

Scharf, lückenhaft, unterbelichtet

Wie wehrhafte Demokratie in Österreich funktioniert

doi: 10.59704/027416755047b987



Vor kurzem wurde der Chefredakteur des rechtsextremistischen „Aula“-Magazins in Österreich wegen „Wiederbetätigung im nationalsozialistischen Sinn“ sowie Verharmlosung des Holocaust [zu vier Jahren Haft verurteilt](#) – bislang allerdings nicht rechtskräftig. Das Urteil macht sichtbar, dass sich die liberale Demokratie in Österreich auch von ihrer wehrhaften Seite zeigen kann, um sich gegen Extremismus zu behaupten. Angesichts einer Verfassung, die lange Zeit als „wertneutral“ oder bloße „Spielregelverfassung“ verstanden wurde, ist die Rede von einer wehrhaften Demokratie in Österreich dabei allerdings keineswegs selbstverständlich. Während dieses Konzept in Deutschland Allgemeingut und identitätsprägend ist, wird es in Österreich bislang eher sporadisch verwendet. Dabei verfügt die österreichische Rechtsordnung mindestens seit 1945 über mehrere rechtliche Instrumente zum Schutz der demokratischen Ordnung. Diese sind ziemlich einschneidend, aber sehr selektiv und unsystematisch. Dass trotz dieses Befundes wehrhafte Demokratie in Österreich bisweilen immer noch ein Fremdwort ist, mag also am Fortleben liebgewonnener Verfassungsmythen liegen. Dabei würde es der Begriff der wehrhaften Demokratie erlauben, diese verstreuten Mechanismen dogmatisch zu bündeln und damit überhaupt erst einen kohärenten rechtswissenschaftlichen Diskurs über rechtliche Formen der Verfassungsverteidigung zu eröffnen. Dieser Beitrag versteht sich als Anstoß, diese Debatte – auch grenzüberschreitend – zu führen.

Der Fall „Aula“

Von 2004 bis 2018 leitete der deutsche Staatsbürger und promovierte Jurist Martin Pfeiffer in Österreich

das mittlerweile eingestellte [Magazin „Aula“](#). Dieses galt lange als einflussreiches Organ des deutschnationalen und rechtsextremistischen Lagers. Während die FPÖ schon in den 1990er-Jahren zunehmend Abstand von dem selbst ihr zu radikal erscheinenden Blatt nahm, schlug die „Aula“ unter Pfeiffer einen nochmals deutlich extremistischeren Kurs ein. So bezeichnete [2015 in der „Aula“](#) ein Autor die befreiten Häftlinge des Konzentrationslagers Mauthausen (Oberösterreich) als „Landplage“, die nach ihrer Befreiung „raubend und plündernd“ durch die Gegend gezogen seien. Eine Anklage wurde wegen dieser Aussagen jedoch zunächst nicht erhoben. Überlebende des Konzentrationslagers klagten in einem medienrechtlichen Verfahren auf Unterlassung, scheiterten aber, weil die Gerichte den einzelnen Klägern die Prozesslegitimation absprachen. Das handelte Österreich eine [Verurteilung durch den EGMR](#) ein: Die Klagelegitimation ohne eingehende Prüfung zu verneinen, verletze das aus Art. 8 EMRK abgeleitete Recht auf effektiven Schutz vor Ehrenbeleidigung.

Die österreichische Justiz scheint aus dieser Episode gelernt zu haben. Im jüngsten Strafverfahren wurden Martin Pfeiffer mehr als 300 Äußerungen aus den Jahren 2005 bis 2018 vorgeworfen. Diese umfassten die Verbreitung nationalsozialistischer Rassentheorien, offenen Antisemitismus, die Verherrlichung von NS-Funktionären sowie die Verharmlosung des Holocaust. Pfeiffer verteidigte seine Positionen im Gerichtssaal mit weiteren strafbaren Äußerungen, weshalb die Anklage ad hoc auf diese ausgeweitet wurde. Das Urteil lautet nun auf vier Jahre Freiheitsstrafe.

Das Verbotsgesetz

Rechtsgrundlage dieser Verurteilung ist das [Bundesverfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP](#) (VerbotsG), das seit 1945 jede Betätigung im nationalsozialistischen Sinn untersagt. § 3 VerbotsG enthält eine weit gefasste Generalklausel, wonach es jedermann verboten ist, sich „für die NSDAP oder ihre Ziele irgendwie zu betätigen“. Diese wird durch spezifische Straftatbestände ergänzt, etwa zur Wiedererrichtung der NSDAP, zur Werbung für sie oder zur Aufforderung zu nationalsozialistisch motivierten Taten. § 3g erfasst jede sonstige Betätigung „im nationalsozialistischen Sinn“, § 3h verbietet die Leugnung oder Rechtfertigung des Holocaust. Pfeiffer wurde nach diesen beiden Bestimmungen verurteilt. Die Strafdrohungen sind hoch: Sie reichen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe, bei qualifizierter Öffentlichkeit oder besonderer Gefährlichkeit bis zu zehn oder zwanzig Jahren. Die Rechtsprechung legt diese Tatbestände traditionell weit aus; bereits der [Hitlergruß oder das Zeigen der Zahl 88](#) genügt. Weder eine konkrete Gefährlichkeit noch ein besonderer Vorsatz sind erforderlich. Entscheidend ist allein, ob das Verhalten geeignet ist, den Geist der NSDAP zu propagieren.

Verfassungsrechtliche Immunisierung

Angesichts dieser vagen Tatbestände und der hohen Strafrahmen ruft das VerbotsG rechtsstaatliche Bedenken hervor. Hinzukommt, dass es verschiedene politische Weltanschauungen manifest ungleich behandelt. Denn das VerbotsG ist von seiner Intention her ein [Sonderrecht](#) zulasten einer bestimmten Personengruppe (nämlich Nazis) im größeren Kontext der Entnazifizierung nach 1945. An inhaltsbezogenen Einschränkungen der freien Meinungsäußerung darf man durchaus berechnete verfassungsrechtliche Zweifel haben, wie der [Wunsiedel-Beschluss](#) des BVerfG illustriert. Diese Zweifel wurden in Österreich direkt beim Schopf gepackt und das VerbotsG schlicht als Verfassungsgesetz erlassen. Das ist ein Spezifikum des österreichischen Verfassungsrechts und seiner Praxis: Anders als nach Art. 79 Abs. 1 GG muss Verfassungsrecht nicht in der Stammurkunde des [Bundes-](#)

[Verfassungsgesetzes von 1920](#) untergebracht werden. Es gibt daneben freistehende Verfassungsgesetze sowie einzelne Bestimmungen in einfachen Gesetzen und völkerrechtliche Verträge, die Verfassungsrang haben. Dieser Umstand lädt dazu ein, Gesetze, deren Verfassungskonformität nicht sicher ist, lieber gleich mit Verfassungsrang auszustatten. Innerstaatlich – also vonseiten nationaler Gerichte – sind diese damit unangreifbar. Aber auch der EGMR hat gegen das VerbotsG [keine Einwände erhoben](#). Er begründet das mit Artikel 17 EMRK, der den Missbrauch der Grundrechte zu grundrechtsfeindlichen Zwecken verbietet. Die Förderung des Nationalsozialismus ist laut EGMR ein solcher Zweck. Man kann sich also nicht auf die Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK berufen, wenn man in Österreich nationalsozialistische Propaganda betreibt.

Die Sorge vor überschießender Wehrhaftigkeit

Das VerbotsG ist das schärfste Schwert der wehrhaften Demokratie in Österreich. Es errichtet – um eine Wendung des [BVerfG](#) aufzugreifen – ein besonders strenges „[kommunikatives Tabu](#)“. Dieser weite Anwendungsbereich erlaubt eine effektive Verfolgung neonazistischer Umtriebe, verlangt aber zugleich äußerste Zurückhaltung in der Anwendung. Das zeigt ein aktueller Fall: Vor einigen Tagen wurde [ein Wiener Antiquar angeklagt](#), weil er über seinen Onlineshop auch eindeutig nationalsozialistische Propagandawerke der 1930er- und 1940er-Jahre verkaufte. Dieses Verhalten reiche aus, den Tatbestand der Wiederbetätigung zu erfüllen, obwohl, wie die Staatsanwaltschaft gleichzeitig einräumte, der Angeklagte weder Nazi noch Rechtsextremist sei. Der Antiquar verwies darauf, dass solche Werke auch in öffentlichen Bibliotheken zugänglich seien und er ohnehin versuche, rechtsextreme Interessenten auszuschließen. Er wurde freigesprochen. Der Fall zeigt, dass die Handhabung des VerbotsG über ihren strafrechtlichen Kontext hinaus von einem breiteren verfassungsrechtlichen Diskurs über Sinn und Grenzen wehrhafter Demokratie profitieren würde.

Ein „stilles“ Parteiverbot

Wie sieht es abseits des Verbots gewisser Äußerungen mit der Möglichkeit aus, auch verfassungsfeindliche Parteien zu verbieten? Ein ausdrückliches Parteiverbotsverfahren wie in Art. 21 GG kennt die österreichische Bundesverfassung nicht. § 1 Abs. 3 [Parteiengesetz](#) erklärt (in Verfassungsrang) die Tätigkeit politischer Parteien grundsätzlich für frei, soweit verfassungsrechtlich „nichts anderes bestimmt ist“. Das Parteiengesetz enthält zwar strenge Finanzierungsregeln, aber keine inhaltlichen Anforderungen an das Programm und nur rudimentäre an die Struktur politischer Parteien. Diese Anforderungen entstehen, nachdem die Parteien ihre Satzung beim Bundesminister für Inneres hinterlegt haben; eine explizite Untersagungsmöglichkeit besteht nicht. Dies wird oft als Ausdruck einer besonders liberalen Parteiendemokratie gewürdigt. Mit den anderen Bestimmungen, auf die § 1 Abs. 3 ParteienG verweist, ist insbesondere das VerbotsG gemeint. Die Parteiengründungsfreiheit gilt ex constitutione jedenfalls nicht für neonazistische Gruppierungen. Ebenfalls damit gemeint ist [Art. 9 des Staatsvertrags von Wien-Belvedere](#) aus 1955. Dieser Vertrag mit den Siegermächten des Zweiten Weltkriegs, durch den Österreich seine volle Souveränität nach der Besatzungszeit zurückgewann, verpflichtet Österreich dazu, gegen faschistische, demokratiefeindliche und kriegshetzerische Gruppierungen vorzugehen. Dieser Artikel, der zunächst nur nach einer völkerrechtlichen Verpflichtung klingt, hat ebenfalls Verfassungsrang und geht schon seinem Wortlaut nach über den Nationalsozialismus hinaus.

Der Verfassungsgerichtshof hat nun aus diesem Normengefüge ein „stilles Parteiverbot“ entwickelt. Er erklärte das Verbot der nationalsozialistischen Wiederbetätigung zu einem unmittelbar anwendbaren Verfassungsprinzip, an dem jede staatliche Tätigkeit auszurichten sei: „Die kompromißlose Ablehnung des Nationalsozialismus ist ein grundlegendes Merkmal der wiedererstandenen Republik. Ausnahmslos jede Staatstätigkeit hat sich an diesem Verbot zu orientieren. Es darf kein behördlicher Akt gesetzt werden, der eine Mitwirkung des Staates an nationalsozialistischer

Wiederbetätigung bedeuten würde.“ ([VfSlg. 10.705/1985](#))

Daraus folgt, dass neonazistische Gruppierungen keinen Parteistatus erlangen können. Verfassungskonform interpretiert ist ihre Satzungshinterlegung automatisch [nichtig](#). Ein Feststellungs- oder Untersagungsverfahren gibt es allerdings trotzdem nicht. Die Behörden setzen das Verbot somit „still“ durch: Alle Behörden und Gerichte müssen in Verfahren mit diesen Gruppierungen jeweils inzident als Vorfrage beurteilen, ob dieses Gebilde möglicherweise aufgrund von NS-Wiederbetätigung nicht wirksam als Partei nach dem ParteienG entstanden ist und darum keine Rechtspersönlichkeit hat. Parteien, die sich ideologisch erst im Laufe der Zeit Richtung Nationalsozialismus entwickeln, verlieren automatisch ihre Rechtspersönlichkeit. Sanktion des „stillen“ Parteiverbots ist demnach, dass der Partei ihre Rechtsfähigkeit entzogen wird. Im Wahlrecht bedeutet dies, dass Wahlvorschläge solcher Gruppierungen zurückzuweisen sind (dazu besteht im Unterschied zur Parteiengründung eine gesetzliche Zuständigkeit). Passiert dies nicht, sind entsprechende Wahlen rechtswidrig und anfechtbar.

Ein lückenhaftes System

Das „stille“ Parteiverbot ist eine Behelfskonstruktion, die den Mangel eines verfassungsrechtlich ausdrücklich geregelten Verfahrens überspielt. Sie beweist damit nur, dass die österreichische wehrhafte Demokratie zwar historisch gewachsen, aber selektiv und unsystematisch ist. Sie richtet sich primär gegen den Nationalsozialismus; allgemeine Schranken für Parteien oder Vereinigungen, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung auftreten, fehlen. Anders als in Deutschland existiert kein umfassendes Instrumentarium gegen demokratiefeindliche Bestrebungen unterschiedlicher ideologischer Herkunft. Das hat viele Gründe, die man noch genauer erforschen müsste. Einer von ihnen mag sein, dass in Österreich nach 1945 kein verfassungsrechtlicher Neuanfang gemacht, sondern das Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 wieder in Kraft gesetzt wurde.

Aufgrund der historischen Erfahrung Österreichs besteht etwa auch keine Vorschrift gegen die politische Betätigung im Sinne des Kommunismus: Mag das [KPD-Verbotsurteil](#) des BVerfG aus 1956 vor dem historischen Hintergrund der deutschen Teilung und des kalten Krieges einzuordnen und damit verständlich sein, so war die Lage in Österreich anders: Die KPÖ war 1945 gemeinsam mit ÖVP und SPÖ an der [Ausrufung der Unabhängigkeit](#) von Deutschland und der Wiedererrichtung der Republik beteiligt. Die Angst vor dem Kommunismus spielte spätestens nach dem Staatsvertrag von Wien-Belvedere 1955 keine große Rolle mehr; die Kommunisten als politische Kraft ebenso wenig.

Diese Selektivität erklärt auch den Umgang mit dem Islamismus. Soweit islamistische Propaganda nicht ohnehin zu Gewalt oder Terror aufruft, ist sie strafrechtlich nicht erfasst. Gerichtlich strafbar ist die bloße Verbreitung dieser Ideologie nicht. Immerhin wird seit 2014 durch das [SymboleG](#) mit Verwaltungsstrafe bedroht, wenn Symbole von radikalislamistischen Organisationen, wie der Al-Kaida, des Islamischen Staates oder der Hamas, gezeigt werden. Versammlungen [können nunmehr untersagt werden](#), wenn sie der politischen Tätigkeit von Drittstaatsangehörigen dienen und mit den Grundwerten einer europäischen Demokratie unvereinbar sind. Das war eine [Reaktion auf das türkische Verfassungsreferendum 2017](#).

Braucht es ein allgemeines Parteiverbotsverfahren?

Vereinzelt wird in Österreich – nicht zuletzt mit Blick auf die AfD-Debatte in Deutschland – über ein allgemeines Parteiverbotsverfahren diskutiert. Das Verbotsg ist auf den Nationalsozialismus zugeschnitten und erfasst „gewöhnlichen“ Rechtsextremismus nicht. Dass Art. 9 des Staatsvertrages seinem Wortlaut nach nicht nur nationalsozialistische, sondern eben auch allgemein Organisationen meint, „welche die Bevölkerung ihrer demokratischen Rechte zu berauben bestrebt sind“ oder gegenüber anderen Staaten eine „feindliche Tätigkeit“ entfalten, und damit das „stille Parteiverbot“ durchaus einen größeren Anwendungsbereich als nur den Neonazismus hätte, ist in der

Praxis nicht angekommen. Es wäre aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ratsam, wollte ein Gericht diese Norm eigenständig ausweiten und gegen alle möglichen Gruppierungen einsetzen, die es für verfassungswidrig hält. Parteiverbote gehören zu den schärfsten Eingriffen in den demokratischen Prozess und bedürfen eines breiten gesellschaftlichen Rückhalts und einer intensiven verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung. Der Diskurs in Österreich ist aber wohl noch nicht so weit.

Von der Wichtigkeit des Diskurses

Zusammengenommen ist die Demokratie in Österreich weit weniger schutzlos, als es das Bild von der „wertneutralen Spielregelverfassung“ suggeriert. Dass die einschlägigen Vorschriften und Mechanismen unverbunden nebeneinanderstehen, verweist weniger auf ihre Bedeutungslosigkeit als auf den Bedarf dogmatischer Durchdringung. Der Begriff der wehrhaften Demokratie kann hier ordnend wirken, wenn man nur bereit wäre, traditionelle Narrative zu überwinden. Würde das Konzept der wehrhaften Demokratie im österreichischen Diskurs stärker rezipiert, rückten auch die verstreuten Instrumente demokratischer Selbstverteidigung vermehrt in den Fokus rechtswissenschaftlicher Aufmerksamkeit. Diese würde dem Bereich gut tun. Die außergewöhnliche Weite und Schärfe des Verbotsg verlangt eine zurückhaltende Anwendung. Fälle wie jener des Wiener Antiquars zeigen, dass die Grenze zwischen legitimer Strafverfolgung und unverhältnismäßiger Kriminalisierung zu verschwimmen droht. Zugleich offenbart sich eine strukturelle Asymmetrie: Während der Nationalsozialismus mit verfassungsrechtlicher Kompromisslosigkeit bekämpft wird, fehlt ein vergleichbarer Umgang mit anderen demokratiefeindlichen Ideologien. Diese Ungleichbehandlung ist zwar historisch erklärbar, aber deshalb nicht problemfrei. Inhaltlich stellt sich damit die Frage, wie der Schutz der demokratischen Ordnung über den historischen Ausgangspunkt des Nationalsozialismus hinaus weiterentwickelt werden kann. Funktional verschiebt sich das zentrale Regelungsfeld dabei außerdem aus dem Parteien- und Vereinsrecht in den digitalen öffentlichen Raum. Viel Stoff also für weitere,

auch politisch engagierte Rechtswissenschaft. Wehrhafte Demokratie als politikwissenschaftlich und verfassungsdogmatisch ausformuliertes Konzept kann dafür der Schlüssel sein.

Wojciech Sadurski

The CJEU Versus the Constitutional Tribunal in Poland

On the CJEU's Judgment in Case C-448/23 (European Commission v. Republic of Poland)

doi: 10.59704/9104423f885c8755



On 18 December 2025, the Court of Justice of the European Union (CJEU) handed down a momentous [judgment](#), in which it found that the Constitutional Tribunal (CT) of Poland does not satisfy the requirements of an independent and impartial tribunal established by law, and also that through the decisions of that Tribunal Poland had failed to fulfil its obligations under the Treaty of European Union, as well as under the general principles of autonomy, primacy, effectiveness and the uniform application of EU law. It also found that Poland, through the actions of its CT, breached the principle of the binding effects of judgments of the Court of Justice.

As one can see from the very recital of the Court of Justice findings, the importance of the judgment cannot be higher. Its main significance at least for Poland, lies in the fact that, by now, *two* top European courts have declared that the “Constitutional Tribunal” (and from now on, I will be placing these words in inverted commas advisedly) cannot be considered an independent, impartial court, under the two constitutive acts in the Council of Europe and the EU, respectively. Four years after the landmark decision [Xero Flor v. Poland of the European Court of Human Rights](#), its counterpart in the EU, the CJEU, has found the Polish constitutional court to be an irregularly composed judicial body.

This is the main *practical* dimension of the recent CJEU's decision, to which I will return in a moment. But I need to say a word about the second aspect of the judgment (captured in the Commission's first two complaints, considered by the Court, related to the

primacy of EU law, as violated through the “CT” judgments of 2021), which is much more “academic”, in both senses of the word.

Primacy of EU Law as a moot issue

It is “academic” in the sense that it has no *practical* consequences because, for all intents and purposes, the issue of denial of EU law's primacy over domestic laws became moot. Since the Commission's infringement action that triggered this judgment (15 February 2023), the government in Poland has changed hands, and it has now accepted the failure to fulfil its obligations alleged against it by the Commission in the present case. Nevertheless, the Court of Justice acted on the principle that it is for the Court to determine whether such failures exist, even if the State concerned does not deny them. True, the [two outrageous judgments](#) of the “Constitutional Tribunal” of 2021, which were the direct basis of the infringement action, are still theoretically valid, but they have no practical significance for a simple reason that no one, in Poland or in the EU, takes the current “CT” seriously. It is worth noting, as it may go down in the history of illegality in Europe, that the “Tribunal” in these [two judgments of 2021](#) managed single-handedly to find unconstitutional (under the Polish Constitution) *both* some parts of certain articles of the TEU (notably, of Articles 1, 2, 4 and 19) *and* the CJEU's case law interpreting these articles – thus committing an impressive double *ultra-vires* act!

But this aspect of the CJEU's verdict of 18 December 2025 is also “academic” in another sense: legal

scholars, especially those not directly concerned about Poland's rule-of-law crisis, will find the reaffirmation of the meaning of EU law's primacy and its relationship with "national identity" as referred to in Article 4(2) TEU, as giving them a tasty food for thought – even if the food in question is not particularly surprising or innovative. Perhaps the most important statement of a universal value in the long judgment is a restatement of the non-regression principle: "A Member State cannot ... amend its legislation, or indeed its case-law, in such a way as to bring about a reduction in the protection of the value of the rule of law...." (para. 179). And *this* is precisely what Poland under PiS did, using the "Tribunal" as its tool for such a reduction, by preventing Polish judges from verifying the lawfulness of the procedure for appointing judges to the new, politically controlled, chambers of the Supreme Court.

A defective tribunal

But this short comment on the judgment of 18 December will focus only on the first, Poland-specific aspect (as captured in the Commission's third complaint). This is what is of particular interest for Polish public opinion and political commentariat. The Court of Justice found, predictably, that the institution that refers to itself as "Constitutional Tribunal" cannot be characterized as "an independent and impartial tribunal established by law" as required by the Treaty on the EU (Art. 19(1) second subparagraph) and the Charter of Fundamental Rights (Art. 47). This is due to (1) the irregularity of appointment of three judges in 2015 (and, consequently, their successors, of which two are currently on the Tribunal), (2) irregularities in appointment of the President of the CT in 2016 (even though her successor recently replaced her). These combined irregularities, along with the absence of three properly elected judges on the bench since 2015, have contaminated (my word, not the Court) the entire court since then.

What will be the likely reactions in Poland, and in particular in political and legal elites, to the judgment? This is a relatively easy question to answer: in today's extreme political polarisation, two opposing camps

will respond by consolidating their positions. The right-wing political opposition centred around the PiS party, which ruled from 2015-2023, will cry foul and accuse the CJEU of "once again" (allegedly) overstepping its competences by "imposing" upon a Member State certain rules on the subject matter that were never (allegedly) conferred upon the EU. This is, of course, nonsense – while the *specific* structure of judicial bodies such as constitutional courts is not within the scope of EU law, *fundamental* principles such as the rule of law and judicial independence are of great concern to the Union as a whole. (It is nicely summarised in the judgment, paras 102-3).

This critique was anticipated, and eloquently responded to, in [the Opinion by Advocate General Spielmann](#) in this case: "It is true that a Member State cannot be compelled to accede to the European Union against its will. However, once it has made the sovereign choice to accede, it must respect the 'rules of the game' in accordance with Article 49 TEU, which requires Member States to respect the values of the European Union after their accession – values which they have accepted freely and in full knowledge of the facts" (para 92 of the Opinion, references omitted). Be that as it may, it is certain that the verdict of the CJEU will serve the right wing to accuse the Union of breaching Poland's sovereignty and its main judicial body of acting blatantly *ultra vires*.

What will the democratic parliamentary majority and the government headed by Donald Tusk make of the judgment is more interesting – and uncertain. The legislature has already established, in a [parliamentary resolution of 6 March 2024](#), and the government has restated it even more forcefully in its [Resolution of 18 December 2024](#), that the "Constitutional Tribunal" in its present shape and with its present actions is not fulfilling its constitutional functions and that there is a need of a "new creation of the constitutional court" (the words of the parliamentary resolution) and that "repair actions must be taken aimed at restoration of the functioning of the constitutional court" (the words of the government's resolution). But it was not followed by any practical legislative action due to the President's hostility to the parliamentary majority

(then Andrzej Duda), who has the power of legislative veto and the power to trigger constitutional scrutiny by... yes, the “Constitutional Tribunal”. This is precisely what President Duda did, and the “Tribunal” has, as expected, [found the bill unconstitutional](#), thus breathlessly rejecting a principle “*nemo iudex in causa sua*” (no one should be a judge in his/her own case).

What will the government do?

With the continuing erosion of the number of PiS-appointed judges on the “CT”, the government will likely wait until it can appoint a majority of the Court. But, with the judgment of the CJEU as its new argumentative asset, it may be willing to undertake a more radical action, and to convert its bark into a bite. Legislative changes are unlikely, due to the presidential veto, which is not overridable by the current majority. What would a “radical” action look like? “Extinguishment” of the current composition of the “Tribunal”, based on the combination of judgments of two top European courts, pronounced through a new parliamentary resolution and followed up by an executive action, is a possibility. But is it likely? I don’t think so. The government’s thinking about law oscillates between a muscular approach of [disregarding the illiberal enclaves](#), which are the leftovers of the 2015-2023 PiS rule, and [a formalistic legalism](#) that requires scrupulous compliance with the letter of the law, whatever its pedigree or substance.

Christina Eckes

Europe's Climate Crisis Is a Rule-of-Law Crisis

doi: 10.59704/42aa7eb4a79b177f



After [watering down the 2040 emission reduction target](#), running the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) over by the [Omnibus](#), and now attempting to [kill the combustion engine ban](#), European climate governance has entered the territory of *lawlessness*. European climate governance is no longer only about the climate. It has become a rule of law issue and should be treated as such.

National courts and the European Court of Human Rights (ECtHR) must continue to protect the rule of law, including when individual politicians, [entire national institutions](#), or even [coalitions of states](#) attempt to discredit the judiciary. This becomes even more pressing if the European Court of Justice (ECJ) continues to [abstain from robustly scrutinizing](#) the European Union's compliance with its mitigation obligations.

The widening gap between law and politics in Europe

On the one hand, ever-stronger legal tools and court rulings harden climate mitigation obligations; on the other, political commitment to the rule of law and liberal democratic norms deteriorates.

Unprecedented legal frameworks exist to tackle the climate crisis. Not only have the EU and most of its Member States enshrined emissions targets in binding legislation, but numerous courts – from domestic constitutional courts to the ECtHR and the International Court of Justice (ICJ) – have interpreted these obligations and confirmed their human rights relevance. At the same time, democracy and the rule of law have continued to [weaken across Europe](#) in the past few years. Notably, in several Member States, the inde-

pendence of the judiciary has openly been [attacked](#). Even countries long regarded as democratic strongholds are experiencing [backsliding](#), while the EU seems [incapable of curbing this decline](#).

I would like to go one step further: the erosion of the rule of law has reached the EU institutions themselves. Open failures to comply with human rights and international law obligations in relation to climate change, as articulated by the ECtHR and the ICJ, are nothing else than *lawlessness*, understood as a systematic failure of public authorities to respect, apply, or be constrained by legal norms. Laws and court judgments are only as good as the willingness of public institutions to abide by them.

As [Levitsky and Ziblatt](#) warned already in 2018, democracies typically die by a thousand cuts. Climate policy is an illustrative case study of this phenomenon. It is deeply unconvincing to denounce court decisions on climate matters as “judicial activism” ([Swiss Parliament](#)), given that they demonstrate a high level of deference to the directly elected branches (see my analysis of [KlimaSeniorinnen](#) and [Urgenda](#)). What we are witnessing instead is an alarming and increasing readiness among [centre-right politicians to rely on right-wing support](#) to behave as if legal constraints no longer apply to them.

Climate obligations after KlimaSeniorinnen: Europe's legal mandate

A key development highlighting this widening gap between law and politics is the 2024 *KlimaSeniorinnen* judgment, in which the ECtHR for the first time found that insufficient climate action violates human rights. In that case, brought by a Swiss seniors' association,

the ECtHR held that states have positive obligations to “do [their] part” (para 545). It insisted that each country must [quantify a fair-share carbon budget corresponding to 1.5°C and take the necessary implementation action](#) (para 550). In 2025, the ICJ and other international courts and tribunals ([here](#) and [here](#)) issued advisory opinions underscoring that states (and the EU) are obliged under treaties like the Paris Agreement, international human rights and customary law to “do [their] utmost” to pursue the highest possible climate ambition (ICJ, [para 246 & 270](#)) in line with the temperature limit of 1.5°C (ICJ, [para 224](#)). In short, the *legal* imperative for robust climate mitigation in Europe has never been clearer or stronger.

Under EU law, such human rights obligations bind the EU itself, as the European Convention on Human Rights (ECHR) is effectively imported into EU law (Article 6(3) TEU; Article 52(3) Charter of Fundamental Rights (CFR)), as confirmed by the ECJ’s [settled case law](#). This implies that the EU is [legally required to align its climate targets with the ECtHR’s standards](#). This is unsurprisingly also the conclusion of the European Central Bank (ECB) in one of its [working papers](#) and the Fundamental Rights Agency (FRA) in a [fact sheet on climate change](#).

In practical terms, following *KlimaSeniorinnen*, the EU should be setting (interim) emissions targets that reflect what climate science and fairness demand. Indeed, the European Scientific Advisory Board on Climate (ESAB) has advised that a 70% reduction by 2030 and 95% by 2040 would be both “[fair](#)” and “[feasible](#)” for the EU, far more ambitious than the earlier 55% by 2030 and [the effective territorial emission reductions of 85% on territory in the watered down 90% target for 2040](#). Any lower level of ambition would exacerbate the Union’s exceedance of its fair-share carbon budget aligned with the binding 1.5°C limit, resulting in the accumulation of “carbon debt”, which may in turn result in “[carbon take back obligation](#)” and [compensation claims](#).

Far from being radical, judicial intervention merely holds public institutions to the commitments they themselves have made and protects fundamental

rights of citizens who will live with the consequences of climate inaction long beyond the duration of any given government. Failing to take all feasible measures and choosing policies that fall short of what expert bodies like the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), ESAB, and national scientific advisory bodies deem achievable – now puts the EU and its Member States on the wrong side of the law.

Rollbacks and regressions: Climate policy U-turns

As the law crystallizes into clearer obligations, politics in Europe moves in the opposite direction. As a result, the gap between public actors’ legally circumscribed mandate and political reality is widening.

Two emblematic examples of implementation failures stand out: the EU’s [Omnibus regulatory package](#) and the fate of the 2035 combustion engine ban. Under the banner of cutting red tape and boosting competitiveness, the Commission and Parliament gutted key sustainability and corporate accountability rules in late 2025. These Omnibus reforms drastically shrank the scope of companies subject to climate and social reporting and delayed due diligence requirements for human and environmental harms. Crucial provisions – like Article 22 CSDDD requiring companies to adopt and implement transition plans for a sustainable economy – were removed. Importantly, and in line with the willingness to sacrifice law on the altar of political and economic considerations, the [European Ombudsman](#) found procedural maladministration in how these deregulatory proposals were prepared.

The second and still ongoing example is the reversal of the combustion engine ban. Originally, it was a flagship component of the European Green Deal. However, in 2023 Germany already obtained a loophole for e-fuels, and by late 2025 the European Commission signaled an even more dramatic climb-down. Amid pressure from major car-manufacturing states (Germany, Italy) and automakers fearful of competition from China, the Commission is now poised to [reverse or delay the 2035 engine phase-out](#). This would mark another significant retreat on specific EU green policies, allowing short-term industrial concerns to

override EU law, the ECHR, and international law obligations.

Equally revealing are also the elaborate [discourses of delay](#) advanced by politicians from the European People's Party and by car manufacturers, notably redirecting responsibility via "Not Me"–arguments [pointing at others](#), pushing non-transformative solutions via "Not like this"–arguments, e.g., speaking of an "[industrial policy mistake](#)", and framing the transition as [too fast, too costly, too disruptive](#). Reneging on these implementation measures not only jeopardizes emissions targets but also exemplifies the rule-of-law backsliding. If laws can be unraveled after a mere two years and against all hardening legal obligations pushing in the opposite direction, what is the value of legal commitments?

Courts to the rescue? Zooming in on Germany and the transport sector

Germany and the car industry may serve as an example of the overheating friction between what the law demands and what politicians do. German courts have repeatedly been called upon to rule on (allegedly) inadequate climate policy, especially regarding the persistently high emissions in the transport sector. This is also the background against which we need to read [Germany's intervention against the combustion engine ban](#).

Europe's multilayered legal landscape, comprising EU law and the ECHR, was created to keep unlawfulness and the reckless pursuit of national interests in check. However, the German government now tries to invoke EU-level processes for the exact opposite and to escape national judicial enforcement of its mitigation obligations.

Germany's Climate Protection Act originally set annual CO₂ budgets for sectors like energy, buildings, and transport. Yet the emissions of the transport sector – cars, trucks, etc. – remain nearly unchanged and overshot the target year after year ([page 56 onwards](#)). On 30 November 2023, the [Higher Administrative Court of Berlin-Brandenburg](#) ruled that the government's climate policy was unlawful in parts, due to insufficient emissions cuts (see [here](#)). The court

found that executive inaction violated statutory duties and ordered the federal government to propose an immediate action program to curb emissions in the transport (and building) sector(s).

That courts have been willing to apply and enforce the law should surprise us less than the reaction of the German government. It did not take the necessary measures to comply with domestic law that had earlier been reviewed and confirmed by the [German Federal Constitutional Court \(GFCC\)](#). Instead, Germany watered down the Climate Protection Act's sectoral targets, moving from a framework in which each ministry can be held accountable to one where emissions are only assessed in aggregate over multi-year periods. This effectively makes it possible to continuously overrun sectoral targets and offset the emissions in one sector by cuts in another. As a result, the laggard sector of transport is shielded from accountability and may effectively continue with its non-compliance.

In response, [Greenpeace and Germanwatch](#) filed a new constitutional complaint in September 2024, supported by over 54,000 citizens. They argue that the weakened climate law violates fundamental rights and demand that Germany enact a climate policy consistent with its constitutional duties and introduce sufficient emission reduction steps for transport. This pending case could set an example of ensuring not only compliance with human rights under the German Constitution but also with the ECHR and international law binding on Germany (and the EU).

The German combustion engine saga illustrates how politicians try to circumvent their legal obligations not only nationally but also through EU institutions. It draws attention to how these legal layers interact. Notably, civil law cases against German car manufacturers ([here](#), [here](#) and [here \(under appeal\)](#)) referenced the existence of EU-wide rules (such as the *Fit for 55* package and the 2035 vehicle standards) as evidence that frameworks are in place.

Politicians' (and civil servants') willingness to ignore the law leads to a lack of legal certainty and exposes public and private actors to tremendous [liability risks](#). Climate litigation in Germany and beyond

targeted both. And, while several civil law courts essentially held that climate action must come through regulation, they also (implicitly) acknowledged that if European and national frameworks were absent or gutted, the legal calculus might shift. In addition, in *Lliuya v RWE*, the Higher Court of Hamm opened as a matter of principle the door for damages claims, not only from German citizens but also for those living abroad and suffering climate impacts (see [here](#) and [here](#)).

The German experience underscores a broader point. When courts are stepping in to enforce climate laws where governments display inertia or backpedaling, this is not an attack on democracy; it is an expression of rule-of-law oversight. Other public institutions, international, European, and national, as well as academics, should join the Ombudsman, the ECB, and the Fundamental Rights Agency in pointing out that these climate obligations exist and that lawlessness is not an option.

Lawlessness, not Courts, is the real threat

Europe today stands at a crossroads, not only regarding its climate commitments. The continent has never been bound by stronger mitigation obligations or faced more or clearer judicial guidance. Based on international law, human rights, and national statutes, courts – from the ECtHR to the ICJ and (highest) national courts – have indicated that climate inaction has legal limits. This is a logical evolution of the rule of law in the face of the defining challenge of how to deal with the climate crisis.

The creeping disregard for laws and commitments by the political actors entrusted with their implementation leaves courts with little alternative. When politicians fudge the numbers, shift goalposts on car emissions precisely when structural change is required, ignore procedural rules, or more broadly weaken accountability mechanisms, this calls for a moment of introspection: How strong is the EU's commitment to the rule of law?

A recurring feature of this broader trend is the accusation that courts are overstepping their competences or that climate litigation fuels political polar-

ization. The judiciary is often the last defense against governmental backsliding. This is also why it is one of the first to be attacked by those putting themselves above the law. If courts refrain from stepping in, this is unlikely to improve the situation. On the contrary, denying justice when governments neglect their legal obligations would make judges complicit in subverting democracy and the rule of law.

Ultimately, Europe's ability to confront the climate crisis will hinge on restoring respect for the rule of law. If there is a silver lining, it is that the legal pressure is not letting up. The coming years could see even more assertive courts defending the rule of law at all levels. But this is a second-best solution. The *best* solution would be for Europe's governments and parliaments to internalize the lesson that adhering to the rule of law is the surest path to stability, including climate stability. The problem is not that judges care too much about the climate – it is that many politicians do not seem to care enough, either about the law or our common future.

Alix Schulz

Trojan

Towards Full Recognition of Same-Sex Marriages in Europe

doi: 10.59704/2f8391381ff73b7f



On 25 November 2025, the European Court of Justice (ECJ) ruled in [Trojan](#) that EU Member States may not refuse to recognise a same-sex marriage lawfully concluded in another Member State. Such refusal violates the right to move and reside freely within the territory of the Member States, read in light of both the right to respect for private and family life and the principle of non-discrimination. It follows that even where a Member State does not allow for same-sex marriage in its national legal system, it must offer some form of procedure for recognising same-sex marriages entered into abroad. Unlike earlier judgments, which were based on a rather restrictive understanding of recognition, the [Trojan](#) ruling marks a significant step towards full recognition of legal status across the EU. Hence, the duty of recognition no longer only refers to the formation of a civil status itself, but now also appears to extend to its legal effects.

Facts of the case

Mr Cupriak-Trojan, a Polish and German national, and Mr Trojan, a Polish national, were married in Berlin. At the time of their marriage, they were residing in Germany. Having moved back to Poland, Mr Cupriak-Trojan applied for recognition of their marriage in Poland. More specifically, he sought to have their German marriage certificate transcribed in the Polish civil register. This request was rejected by the Polish authorities on the ground that Polish law does not provide for same-sex marriage and that transcribing a foreign marriage certificate would therefore violate the fundamental principles of the Polish legal system.

The spouses challenged this decision before the Polish courts, arguing, *inter alia*, that the obligation to protect marriage as a union between a man and a woman, as laid down in the Polish Constitution, did not mean that recognising a same-sex marriage concluded abroad was prohibited. However, the courts dismissed their action claiming that the spouses' line of reasoning would effectively lead to a coexistence of same-sex and opposite-sex marriages in Poland even though this was not provided for under Polish law. The Supreme Administrative Court of Poland, however, stayed the proceedings and asked the ECJ whether Articles 20 and 21(1) TFEU, read in light of Article 7 and Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ([EU Charter](#)), preclude the competent authorities of a Member State from refusing to recognise a same-sex marriage lawfully concluded in another Member State.

Reasoning of the Court

The ECJ ruled in favour of the spouses and held that Article 20 and Article 21(1) TFEU, read in the light of Article 7 and Article 21(1) of the EU Charter, must be interpreted as precluding legislation of a Member State which does not permit the recognition of a same-sex marriage lawfully entered into in another Member State (para. 78).

The ECJ points out that while the Member States were free to decide whether or not to introduce same-sex marriage in their national legal systems, they had to comply with EU law, in particular with the right to free movement as enshrined in Article 21(1) TFEU (para. 70). The Court further notes that refusing to recognise a same-sex marriage concluded abroad was

likely to create serious obstacles for the persons concerned both in their public and private sphere (para. 53). Such a restriction on free movement could be justified only by objective public-interest considerations (para. 55). In this respect, the Court emphasises that a Member State could only invoke the public policy exception where there was a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society (para. 60). However, regarding the possible obligation to recognise a same-sex marriage concluded abroad, the Court can identify no such fundamental national interest (para. 61 et seq.). Finally, the Court stresses that restricting the right to freedom of movement can only be justified if it complies with the fundamental rights guaranteed by the EU Charter, in particular the right to respect for private and family life and the principle of non-discrimination (para. 63).

Positioning Trojan within prior case law

While the rights of LGBTIQ+ minorities worldwide are increasingly under pressure, the ECJ's case law in recent years has advanced the rights of rainbow families across Europe. Building on its judgments concerning names (e.g. *Garcia Avello* or *Grunkin Paul*), the ECJ has progressively expanded its principles on cross-border recognition to same-sex marriages (*Coman*), parentage (*Pancharevo*), and, most recently, gender identity (*Mirin*). Against the backdrop of this twenty-year-old line of decisions, the *Trojan* judgment hardly comes as a surprise.

Indeed, the ECJ emphasises that where an obligation to recognise a same-sex marriage already applies when one of the spouses is a third-country national, it must *a fortiori* apply where both spouses are EU citizens. Moreover, previous case law underlines that any restriction on free movement, even if it pursues a legitimate aim, can only be justified if it complies with European fundamental rights. In this regard, the right to respect for private life under Article 7 of the EU Charter and Article 8 of the ECHR and the corresponding case law by the European Court of Human Rights (ECtHR) is increasingly important (see also *Santaló Goris*).

In *Mirin*, for example, the focus on Article 8 of the ECHR led the Court to affirm an obligation to recognise a person's gender identity, noting that the ECtHR had already found Romania in breach of Article 8 of the ECHR for its restrictive requirements on legal gender recognition (*X and Y v. Romania*). Likewise, in *Trojan*, the Court now emphasises that the ECtHR already held on three occasions (*Przybylska and Others v. Poland*; *Formela and Others v. Poland*; and *Andersen v. Poland*) that Poland has failed to meet its positive obligation under Article 8 of the ECHR to legally recognise same-sex couples, leaving the persons concerned unable to regulate fundamental aspects of their private and family life (para. 66).

A final point, already established in the ECJ's previous decisions, concerns the Court's stand on national identity and public policy. As in *Coman* (para. 45) and *Pancharevo* (para. 56 et seq.), the ECJ dismisses Poland's claim that recognising a foreign same-sex marriage could violate national identity or public policy. The Court reiterates that recognising a marriage concluded abroad does not require Member States to introduce same-sex marriage into their own legal systems. Rather, this obligation is confined to ensuring recognition for the purpose of enabling EU citizens to exercise the rights they enjoy under EU law (para. 66).

Towards full recognition

However, it is precisely this aspect of the judgment that gives rise to a number of further questions, in particular regarding the scope of the duty of recognition of same-sex marriages (see also *Pasqua*; *Tryfonidou*; *Vaigé*; *Wendland*; *Wysocka-Bar*). Whereas earlier case law was consistently based on a rather restrictive notion of recognition, *Trojan* moves beyond the narrow approach of earlier case law, requiring more than the mere transcription of a marriage certificate.

On the contrary, the Court expressly refers to the tangible legal effects of marriage under Polish law, such as access to statutory health insurance (para. 50), implications for a person's name (para. 50), and the ability to invoke marital status vis-à-vis third parties

(para. 53). These passages indicate that the ECJ is no longer merely concerned with the recognition of a certain status lawfully acquired abroad, but now seeks to ensure that EU citizens fully benefit from the legal effects arising from that status (see also [Vaigè](#); [Wysocka-Bar](#)).

Can Member States circumvent Trojan?

What remains less clear, however, is how Member States are expected to comply with this obligation. As previous case law confirms, EU law does not prescribe a specific method for addressing restrictions on the freedom of movement. Rather, Member States retain a margin of discretion in determining how to implement obligations arising under EU law (cf. para.69). This raises the question whether a Member State such as Poland could seek to circumvent the judgment's implications by introducing a system of registered partnerships and transcribing a same-sex marriage validly concluded abroad not as a marriage, but as a registered partnership under domestic law (see also [Wysocka-Bar](#)).

The judgment does not explicitly preclude such an approach. However, this path must be reconsidered in light of another feature that distinguishes [Trojan](#) from earlier case law: The Court's emphasis on the prohibition of discrimination enshrined in Article 21 of the EU Charter. In [Trojan](#), the Court expressly holds that, when exercising their discretion, Member States are required to comply with Article 21(1) of the EU Charter (para. 70; see in detail [Lamprinoudis](#)). Consequently, where a Member State chooses to establish a single recognition procedure such as, in the present case, the transcription of the marriage certificate in the civil register, it must apply that procedure without discrimination on grounds of sexual orientation (para. 70).

It is also this aspect of non-discrimination which adds a new layer to the debate on the principle of cross-border recognition in the EU. The judgments in [Coman](#), [Pancharevo](#) and [Mirin](#) already underlined the importance of European fundamental rights and their limiting function on the exercise of national public policy exceptions. [Trojan](#) now introduces a new equality law perspective to this debate.

Against this backdrop, recognition as a registered partnership would arguably only be permissible if its legal effects under national law correspond to those of a marriage; as any less could amount to discrimination on grounds of sexual orientation.

Konstantinos Lamprinoudis

The Trojan Horse of Free Movement Law

Unfolding Non-Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in “Trojan”

doi: 10.59704/400ef82167e89a18



On 25 November 2025, the EU Court of Justice (CJEU) confirmed in *Trojan* that Member States are obliged to recognise the marriage between two same-sex EU citizens lawfully concluded in another Member State in the exercise of their freedom of movement, even if their national legislation does not itself allow such marriage. While this outcome was largely foreseeable given the Court’s recent case law and the *Opinion* of Advocate General Richard de la Tour pointing to the same direction, the CJEU’s reliance on Article 21(1) of the EU Charter of Fundamental Rights on the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation is striking. For the first time in a case involving mobile EU citizens of the LGBTIQ+ community, the Court based its judgment not only on the TFEU’s free movement provisions but also on the Charter’s right to non-discrimination, introducing a new, potentially transformative approach to equality in EU law.

Background to the dispute and previous case law

The dispute in *Trojan*, referred to the CJEU for a preliminary ruling by the Supreme Administrative Court of Poland, concerned the request of two male spouses of Polish nationality to have their marriage certificate that was issued in Germany transcribed into the Polish civil register in order to have their status as married persons recognised in Poland. However, that request was refused by the competent authorities on the grounds that Polish law does not provide for marriage between persons of the same sex and, accordingly, does not permit the recognition of a same-sex marriage legally established in another Member State

nor the transcription for that purpose of the relevant marriage certificate in the national civil register. The question thus arose as to the compatibility of that national legislation with the right conferred on every EU citizen under EU law to move and reside freely within the territory of the Member States.

The CJEU had already had the chance to deal with similar issues relating to the recognition of the civil status of LGBTIQ+ persons established in another Member State, in accordance with the law of that State, in previous instances. More specifically, in *Coman*, the Court ruled that the Member State of origin of an EU citizen is required to grant a derived right of residence to a third-country national of the same sex married to that citizen in the host Member State. Similarly, as per the Court’s judgment in *Pancharevo*, Member States are also obliged to recognise the birth certificate of a child drawn up abroad which designates as that child’s parents two persons of the same sex. Lastly, the Court found in *Mirin* that the Member State of origin of a transgender person must recognise and register a change of first name and legal gender that has been lawfully carried out in the host Member State during that person’s exercise of their freedom of movement. It is therefore against the background of these “rainbow cases” that the CJEU’s ruling in *Trojan* may be better understood.

Combining Articles 20 and 21(1) TFEU with Article 21(1) of the Charter

In its preliminary question in *Trojan*, the Polish court had expressly asked the CJEU to review the national

legislation in question by reference to Articles 20 and 21(1) TFEU read in conjunction with Articles 7 and 21(1) of the Charter (see para. 36). While the Advocate General advised the Court not to analyse the discrimination dimension (see para. 24 and footnote 19 of his Opinion), the Grand Chamber decided to examine the Polish law at issue in light of both the right to private life and that to non-discrimination based on sexual orientation (see para. 63 of the judgment). Interestingly enough, although the Court referred at this point to its judgments in *Coman*, *Pancharevo*, and *Mirin* as the relevant precedents, the prohibition of discrimination is nowhere mentioned in the Court's reasoning in these cases. Instead, although the CJEU had been asked by the respective referring courts to provide its interpretation of the EU free movement rules combined with Articles 7 and 21(1) of the Charter (see *Coman*, para. 17; *Mirin*, para. 35), it eventually relied solely on the right to private life (see, however, Advocate General Wathelet's suggestion in his [Opinion](#) in *Coman*, para. 98).

The approach adopted by the CJEU in *Trojan* vis-à-vis Article 21(1) of the Charter thus marks a departure from its previous case law. This is particularly so, considering that the Court deployed the fundamental rights to non-discrimination and to private life in a complementary manner, prescribing a distinct role for each one when it comes to ensuring the recognition of marriage between EU citizens of the same sex under EU free movement law: whereas Article 7 of the Charter requires that such marriages be recognised across the EU through the existence of appropriate procedures (see paras. 67-69), Article 21(1) guarantees that such procedures are not discriminatory on grounds of sexual orientation (see para. 70).

The existence of (direct) discrimination

The Court found that, where a Member State provides in its national law for a single procedure for recognising marriages entered into by EU citizens in the exercise of their freedom movement in another Member State – such as the transcription of the marriage certificate in the civil register – that procedure must apply equally to same-sex and opposite-sex marriages

(see para. 75). Accordingly, in situations like those arising under the Polish legislation at issue in *Trojan*, the lack of a recognition procedure for same-sex couples equivalent to the one granted to heterosexual couples amounts to prohibited discrimination on grounds of sexual orientation under Article 21(1) of the Charter.

Albeit not specified in the Court's reasoning, this constitutes an instance of direct discrimination. Direct discrimination occurs where a person or a group is treated less favourably than another person or group in a comparable situation because of a characteristic protected under non-discrimination law. The CJEU has established that a Member State's rules limiting certain benefits to married individuals, when marriage is legally possible in that State only between persons of different sexes, give rise to direct discrimination based on sexual orientation against homosexual persons (see [Maruko](#), para. 73; [Römer](#), para. 52; and [Hay](#), paras. 41, 44). In such circumstances, homosexual persons are completely excluded because they cannot meet the condition required for obtaining the benefit claimed (see in detail [Tobler](#), pp. 83-86, 88).

In a similar vein, the Court pointed out in *Trojan* that, unlike heterosexual couples who are entitled under Polish law to have their marriage certificate transcribed in the Polish civil register where the marriage was concluded in another Member State, same-sex couples cannot meet the national requirements for such transcription on account of their sexual orientation (see para. 74). However, the Court did not link this finding to its earlier case law.

The discovery of a new general principle

In a surprising turn, the CJEU declared the prohibition of any discrimination on grounds of sexual orientation, guaranteed in Article 21(1) of the Charter, to be a general principle of EU law (see para. 70). It is well known that, following the Court's seminal rulings in [Mangold](#) and [Kücükdeveci](#), the general principle of non-discrimination under Article 21(1) of the Charter has so far been expressly recognised only for the grounds of age (see e.g. [Association de médiation sociale](#), para. 47; [Danske Industry](#), para. 22) and religion (see [Egen-](#)

berger, para. 76; *IR*, para. 69; and *Cresco Investigation*, para. 76). This inference of a specific prohibition of discrimination from the general principle of equal treatment has been severely criticized. In his *Opinion* in *Palacios de la Villa*, Advocate General Mazák argued – or predicted – that if the Court’s reasoning in *Mangold* were closely followed, then “all specific prohibitions of the types of discrimination referred to in Article 1 of Directive 2000/78 would have to be regarded as general principles” (see paras. 87-96).

Although the existence of a principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation was already implied by the CJEU in *Römer* (see para. 60) and by Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in his *Opinion* in *Maruko* (see para. 78 and footnote 82), its explicit recognition in *Trojan* is truly unprecedented. This is particularly striking given that the level of protection granted to sexual orientation as a prohibited ground of discrimination significantly differs among Member States’ legislation (see eg ILGA Europe’s *RainbowMap*). It follows *a fortiori* that a general prohibition of discrimination on this ground could hardly be inferred from the constitutional traditions common to the Member States, as is usually the case for general principles of EU law. Yet this did not prevent Advocate General Ćapeta from finding in her *Opinion* in *Commission v. Hungary* that the prohibition of discrimination based on sexual orientation forms part of the shared EU values, being “firmly rooted in the EU constitutional framework” (see paras. 261-263, 268). A similar rationale may well explain the Court’s approach in *Trojan*, even though the CJEU remained entirely silent on the principle’s exact origins.

The combined reading of Articles 20 and 21(1) TFEU with Article 21(1) of the Charter enables the right to non-discrimination to unfold its full potential beyond the limited reach of Directive 2000/78, which prohibits discrimination on grounds of sexual orientation only in the area of employment. By finding that national legislation which fails to recognise a marriage between EU citizens of the same sex restricts those citizens’ freedom of movement, the Court brought the dispute under the scope of the Charter as per Article 51(1) thereof, triggering the application of Article

21(1). In doing so, the CJEU thus paved the way for the prohibition of discrimination based on sexual orientation to enter the vast field of EU free movement law, using Articles 20 and 21(1) TFEU as a “Trojan horse”.

Incorporating Article 21(1) of the Charter in its reasoning also allowed the Court to specifically target the discriminatory effects that Member States’ legislation may have on mobile EU same-sex couples in many aspects of their daily life – administrative, professional and private (see *Trojan*, paras. 51, 53, 73). Had the Court adjudicated on the case at hand solely through the lens of free movement law, it would have failed to properly condemn the social “stigma” embedded in the disadvantageous treatment suffered by homosexual couples with regard to the recognition of their marital status (for the “anti-stigma” theory of non-discrimination law see *Solanke*). Since such stigmatisation contravenes the very nature of the principle of equality and undermines the purpose of the rules prohibiting discrimination (see *Opinion* of Advocate General Ćapeta in *Commission v. Hungary*, para. 81), the approach followed by the Court’s Grand Chamber in *Trojan* has a strong signalling function.

Furthermore, in accordance with what is now settled case law, the newly discovered principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation and/or Article 21(1) of the Charter are mandatory and sufficient in themselves to confer enforceable rights on individuals, without needing to be specified by other provisions of EU or national law (see paras. 70, 76; see also e.g. *Egenberger*, paras. 76-77; *Cresco Investigation*, paras. 76-77). Until now, such direct effect had been recognised only in situations falling under the scope of Directive 2000/78 relating to employment and in order to safeguard individuals’ rights in the absence of the Directive’s horizontal direct effect (see e.g. *Cresco Investigation*, paras. 72 et seq). In *Trojan*, however, the Court extended these findings to the much broader free movement context.

Finally, as confirmed in *Egenberger* and *Cresco Investigation*, the principle of non-discrimination and/or Article 21(1) of the Charter may be invoked by individuals even in private disputes in a field covered by EU law, including where discrimination arises from

contracts. While the prohibition of discrimination based on sexual orientation under Directive 2000/78 has already been applied in private employment relations (see e.g. *Asociația Accept* and *NH*), its elevation to the status of a general principle is likely to facilitate its application in other horizontal situations as well.

Conclusion

Overall, the ruling in *Trojan* is to be welcomed. It adds to the judicial trend I have noted *before*, whereby substantive equality claims for LGBTIQ+ minorities are increasingly advanced not on the basis of “traditional” non-discrimination rules but through recourse to alternative legal paths under EU law. While the TFEU’s free movement provisions lie at the core of the dispute, the explicit inclusion of Article 21(1) of the Charter in the CJEU’s reasoning contributes to paying due regard to the underlying discrimination concerns.

One can only hope that the Court will apply the same reasoning *mutatis mutandis* in other “rainbow cases” with a cross-border dimension – notably in the pending *Shipov* on the *compatibility with EU law* of the lack of legal gender recognition procedures in a Member State’s national law. Although the CJEU has never before relied on Article 21(1) of the Charter to protect transgender individuals from discriminatory treatment, the Court’s evolving case law in both non-discrimination and free movement law suggests that we may expect the unexpected.

Tommaso Pavone, Silje Synnøve Lyder Hermansen, Louisa Boulaziz

Is the European Court of Justice a Protector of the Weak?

What New Litigation Data Reveals About a Longstanding Debate

doi: 10.59704/9c03b322ce05b6a7



Just in time for the holiday season, on November 25th, the European Court of Justice (ECJ) issued a press release that sparked celebrations amongst rights advocates across Europe.

For seven years, Mr. Cupriak-Trojan and his husband had been battling the Polish civil registry to recognize the marriage they had obtained in Germany. Repeatedly rebuffed by Polish authorities holding that “a marriage can be concluded only between a man and woman,” the couple’s luck suddenly turned when the Supreme Administrative Court [referred their case to the ECJ](#).

In a pathbreaking ruling that built upon its [2018 Coman judgment](#), the ECJ’s Grand Chamber held that citizens have a right to have their same-sex marriages in one member state recognized by any other member state in which they reside. As the Court put it in its [press release](#), anything short of this outcome would not only violate individuals’ “freedom to move and reside, but also the[ir] fundamental right to respect for private and family life.” In Poland alone, up to 40,000 queer citizens can now flock to city halls to have their marriages recognized – an outcome that the Polish Campaign Against Homophobia hailed as a “[significant step forward](#).”

For all the celebrations that follow rulings like this one, many lawyers, scholars, and journalists remain reluctant to sing the Court’s praises. The ECJ might feature the occasional pro-individual rights ruling in a press release, but these decisions may be unrepresentative flukes. Worse still, they may mask the Court’s

true *modus operandi*: to serve as an economic pro-business court.

This debate – is the ECJ a social court protecting the “have nots” or an economic court beholden to the “haves”? – is a perennial one. Each side can cite cases to back up its claims. What we need is more systematic evidence – which we present today. Critics may have long doubted the Court’s self-legitimizing narrative, but our findings largely back the Court up.

Plaything of the powerful or a protector of the weak?

In interviews with labor lawyers and human rights advocates, Filiz Kahraman found that many were reluctant to mobilize the ECJ because they believed that its “[priority is to protect business interests](#).” Prominent legal scholars and social scientists have similarly alleged that the ECJ has a “[market-making bias](#)” that systematically prioritizes the “[economic interests of business enterprises](#),” or that the Court “[empower\[s\] the already powerful](#)” and jeopardizes individual and social rights. Journalists sometimes confront ECJ judges with these critiques, as when Koen Lenaerts was reproached in a [2012 interview](#) that his Court is a neoliberal body biased for “economic and financial matters” and against the “social dimension of European law.”

Unsurprisingly, the Court vigorously disagrees: the recent same-sex marriage ruling, its judges would rebut, is no fluke. A long lineage of ECJ members has cast their institution as a people’s Court on the side of the most vulnerable. Robert Lecourt – the Court’s influential president from 1967 to 1976 – drew on his

prior experience as a journalist to pioneer this public narrative. In his 1976 book, *L'Europe des Juges* – a “popularizing” manifesto” targeting national lawyers and judges – Lecourt argued that:

“[Our] judicial motivations finally reveal an objective of the Community that is rarely observed: its role as protector of the individual...next to a so-called technocratic Europe, or a business Europe, there also exists a Europe of consumers and shopkeepers, farmers and migratory workers, [a Europe] preoccupied with judicial protections and respect for fundamental rights, wherein the application of the law by the judge is dominated by their concern for protecting the weak.”

Lecourt’s narrative has been echoed by successive generations of ECJ judges: from [Federico Mancini](#), who argued that “if ours is not just a traders’ Europe, and if it is good that this is so, it is the Judges of the Court whom we must thank,” to [current ECJ President Lenaerts](#), who responded to accusations of pro-business bias by repeating that “this Court is a social Court, which never ceases to preoccupy itself, via its rulings, with... citizens [and] their daily lives.” But talk is cheap, skeptics might say, and [the Court’s “publicists”](#) are merely engaging in what the late social scientist James Scott would describe as a “[narcissistic exercise in self-portraiture](#).”

Who is right here – the Court, or its critics? The stakes are high. With rising economic inequality and individual and social rights under pressure in Europe and beyond, [it matters greatly whether the ECJ is a “hollow hope”](#) – a plaything for powerful corporate interests – or a protector of the weak.

Novel data, striking findings

In 2020, we set out to tackle this puzzle. We began constructing the first comprehensive dataset of all litigants and their lawyers appearing before the ECJ in nearly 7,000 cases referred by national courts to the ECJ from 1962 to 2016. We paired these data with additional datasets on how the ECJ decided these cases, which rulings it chose to spotlight with a press release, and how the legal community – via commentaries in

European law journals – reacted. Five years later, [our analysis is now published](#) in the *British Journal of Political Science*.

What do we find? A first glance at the data would appear to validate the Court’s critics: the ECJ issued 1,198 rulings supporting corporate litigants, compared to 928 rulings supporting individual claimants. Casual observers might reasonably conclude that the ECJ is indeed a pro-business court.

But aggregate statistics can be misleading. It turns out that the ECJ’s lopsided distribution of pro-business rulings is wholly attributable to businesses outnumbering individuals three to two in disputes – not due to ECJ judges having a pro-business bias. This ecological fallacy – inferring individual behavior based on aggregate data – may partly explain why allegations of a pro-business bias have stuck.

Scratch beneath surface, however, and the data consistently points to a very different story. Across thousands of cases argued before the Court, individuals who claim individual rights win systematically more often than more resourceful clients – including businesses that tend to show up with better lawyers. When it comes to whether the ECJ acts as a protector of the weak, its judges do not just talk the talk – they also walk the walk.

We found that the Court adopts two strategies benefitting individuals: “leveling” and “spotlighting.” The Court first “levels” the odds by favoring the social and individual rights claims that pensioners, consumers, and migrant workers disproportionately raise over the tax, intellectual property, and economic claims raised by businesses (a sixteen percentage points higher win rate). Even though corporate litigants can rely on a largely economic corpus of EU legislation, and our data shows that they consistently show up to court with bigger and more experienced legal teams, individuals who invoke individual rights enjoy a higher win rate than any other type of litigant. Researchers have long argued that the [“haves come out ahead”](#) and disproportionately win in litigation because business parties have more resources and better lawyers. But [“party capability”](#) is not destiny, for judges have discretion and agendas. And at least at the

ECJ, judges clearly wield their discretion to counterbalance resource inequities in pursuit of a pro-individual rights agenda.

The Court is hardly quiet about its efforts to level the odds. We found that instead of lying low or hiding behind the law's "mask and shield," the ECJ systematically "spotlights" its support for individuals and their rights claims by allocating larger chambers and focusing its press releases. The chances that the ECJ allocates a larger chamber to a case increases by forty-eight percent if a dispute involves individuals compared to businesses. After issuing its ruling, the Court is twice as likely to issue a press release if the case involves an individual compared to a business, and it is also twice as likely to issue a press release when individuals win compared to when they lose.

Cast in this new light, the ECJ's recent same-sex marriage ruling – pro-individual rights, decided by the Grand Chamber, and followed by a press release – has all the telltale signs of the Court's longstanding effort to "level" the odds and "spotlight" support for the weak.

Do the ECJ's actions resonate beyond its *Palais de Justice*, "tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg"? We found conditional evidence that the answer is yes – at least when it comes to a critical audience for the Court. Law journals respond by disproportionately amplifying pro-individual rights decisions in their commentaries. When the ECJ supports individuals' claims, the number of commentaries in legal journals increases by twenty-nine per cent compared to when they lose, and the flagship EU law journal – *The Common Market Law Review* – is sixty-eight per cent more likely to publish a commentary. Law journals thus amplify the Court's message in ways that may spur some readers to then pursue follow-up rights litigation.

Bucking the trend

There is no shortage of alarming developments, institutional dysfunctions, and things to criticize about the EU these days. The Council and Commission continue to be [complicit in the festering rule of law crisis](#) plaguing member states like Hungary. For the first time in

its history, the European Parliament – long the self-styled defender of liberal democratic values – has [begun to break the cordon sanitaire](#) that once kept the far right at arm's length. In pursuit of legislative majorities for its [deregulatory agenda and climate roll-back](#), the mainstream right is increasingly willing to rely on parties with the weakest commitments to European-level rights protection. This is no mere tactical shift; it pulls actors openly hostile to EU constitutional norms into the heart of ordinary lawmaking and gives them leverage over the Union's policy agenda.

So this holiday season, it behooves us to also acknowledge and valorize when EU institutions get something right. And insofar as the ECJ is not just talking the talk of protector of the weak, but walking the walk by leveling the odds and safeguarding individual rights, then this is legitimate cause for Christmas cheer.

The ECJ is not perfect. There are important blind spots in its rights jurisprudence, no doubt. Winning in court [does not always lead to social and policy change](#), certainly. But plaything of the powerful the Court is not. In an age when many judiciaries across the world are being cowed into obeisance by powerful political and corporate interests, it is heartening that the European Court appears to be bucking the trend. Therein at least, we have reason to be ["biased for hope."](#)

Matti Warnez

The CJEU Providing Ammo in the ECtHR Rainbow Fight

Commentary on the CJEU's Judgment in *Cupriak-Trojan* (C-713/23)

doi: 10.59704/50165a6e4cbc30bb



On 25 November 2025, the CJEU delivered its ruling in the *Cupriak-Trojan* case. The issue in this case arose when Poland refused to recognize a same-sex marriage legally concluded in another Member State. The ECtHR had already convicted Poland because same-sex partners cannot formalize their relationship in any way under Polish law. Following these ECtHR convictions, the CJEU similarly ruled that Poland has to recognize same-sex marriages concluded in other Member States. By ruling so, the CJEU effectively took the ECtHR convictions and provided them with extra ammunition for enforcement. This ammunition comes in two forms: mobilizing the national judges to recognize foreign same-sex marriages – even if national law would not allow so – and gently pushing the Polish legislator towards passing the civil partnership bill into legislation.

Facts of the case

In the *Cupriak-Trojan*-case, two Polish men had moved to Germany under EU free movement law. While residing in Germany, the couple got married. However, upon return to Poland, the Polish government refused to register their marriage, arguing that Polish law only recognizes marriages between a man and a woman. The couple argued that the lack of recognition restricted their free movement rights read in the light of their fundamental right to family life. Three ECtHR judgments (*Przybyszewska a.o. v Poland*, *Formela a.o. v Poland* and *Andersen v Poland*) already confirmed that Polish law violates the right to family life of same-sex

couples by not providing any legal framework to recognize and protect their relationship.

Ruling by the CJEU

Advocate-General Richard de la Tour argued in his *Opinion* that Article 21 TFEU (the right to free movement and residence for every EU citizen within other Member States) does not require full recognition of same-sex marriages concluded in another Member State, but instead requires a more limited recognition. (For a criticism on this Opinion: see [here](#), [here](#), [here](#) and [here](#)) The Advocate-General based this reasoning partially on the apparent limitations of the *Coman* case. (A-G Opinion, paras 27-31 and 53) In that case, the CJEU found that Member States only had to recognize same-sex marriages concluded in another Member State to “enabl[e] such persons to exercise the rights they enjoy under EU law” (*Coman*, para 45).

The CJEU did not follow the Advocate-General's Opinion. In its motivation, the CJEU instead argued that the right to free movement of EU citizens includes the “right to lead a normal family life, together with their family members”. (*Cupriak-Trojan* para 43) This right to lead a normal family life implies an obligation on the Member States to fully recognize the civil status of an EU citizen lawfully established in another Member State. (para 48 and further) Not recognizing a marriage legally concluded in another Member State therefore forms an obstacle to the right of free movement (para 53).

Free movement rights are however not absolute. Obstacles to free movement can be justified if three

conditions are fulfilled (para 55). First, the restrictive measure needs to pursue a legitimate objective in the general public interest. Second, the restriction of the right to free movement needs to be proportionate to this legitimate objective. Third, the restrictive measure cannot violate fundamental rights.

Applied to the *Cupriak-Trojan*-case, the measure already fails on the first condition. The Polish government argued that the lack of recognition intends to protect the institution of marriage framing their objective as one of public policy and national identity (para 57 et seq.). However, the CJEU stated that the recognition of a same-sex marriage concluded abroad does not undermine the institution of marriage (para 61), and therefore dismissed both public policy and national identity as relevant objectives (para 62). As the restriction to the right of free movement could not be justified in this case, the Polish refusal to recognize the marriage between Mr. Cupriak-Trojan and Mr. Trojan violated their rights to free movement under Article 21 TFEU.

Free movement as opening for rainbow (family) rights

The CJEU could have simply stopped there, but instead, it continued for 14 more paragraphs. In an extensive *obiter dictum*, the CJEU explained that even if there would exist a legitimate objective to not recognize a same-sex marriage concluded in another Member State, then still the restriction to free movement would need to comply with fundamental rights obligations (para 63). In that regard, the CJEU emphasized how the ECtHR has already convicted Poland at least three times in very similar cases as *Cupriak-Trojan* for not providing any form of recognition to same-sex couples (para 66).

By spending so much attention on the fundamental rights obligations, the CJEU seemed to admit that the case inherently is one of fundamental rights. Framing the issue as a restriction of free movement in the sense of Article 21 TFEU, it brought the matter within the scope of EU law. From a fundamental rights perspective, this free movement angle is crucial. After all, the EU Charter of Fundamental Rights only applies

to issues falling within the scope of EU law (Article 51(1) of the EU Charter).

From an LGBT rights perspective, *Cupriak-Trojan* is a game changer. In 2023, the Grand Chamber of the ECtHR ruled in its *Fedotova* judgment that the right to family life includes a positive obligation for all State Parties to provide same-sex couples with a legal framework through which they can get their relationship recognized. (For a criticism on *Fedotova*, see [here](#), [here](#), [here](#) and [here](#).) Since then, the ECtHR has convicted several States – including the EU Member States [Poland](#), [Bulgaria](#) and [Romania](#) – for not providing any form of legal recognition. Unfortunately, none of these States have already adopted the necessary legislation to provide such a legal framework.

With *Cupriak-Trojan*, the CJEU used free movement law as a hook to claim jurisdiction over the issue. In addition, by going further than *Coman* in what is considered an “obstacle to free movement”, the fundamental right to family life of all EU citizens in a cross-border situation now potentially falls entirely within the scope of EU law. Therefore, *Cupriak-Trojan* basically took the earlier convictions by the ECtHR and turned them into EU law.

In that sense, *Cupriak-Trojan* shows many similarities with the *Mirin* case. In *Mirin*, a Romanian national had legally changed gender while residing in another Member State. Upon return to Romania, the Romanian government refused to recognize the legal gender change. Similarly, Romania had been previously [convicted by the ECtHR](#) in a very similar case. Similarly, [Advocate-General Richard de la Tour](#) argued that EU free movement law only required limited recognition of the gender change by Romania. And similarly, the [CJEU](#) instead ruled that free movement law requires full recognition of a gender change lawfully established in another Member State.

Empowering national judges - constitutional clash upcoming?

Since the CJEU (only) confirmed the earlier convictions by the ECtHR, one could wonder about the added value of *Cupriak-Trojan*. The added value is twofold. First, the *Cupriak-Trojan* judgment might empower the

national judges to recognize foreign same-sex marriages. The *Cupriak-Trojan* judgment explicitly stated that Article 21 TFEU in conjunction with Articles 7 and 21 of the EU Charter have direct effect (para 76). Direct effect implies that anyone can invoke these provisions in front of a national judge. Same-sex spouses in a similar position as Mr. Cupriak-Trojan and Mr. Trojan can thus directly rely on this judgment before a national court to have their same-sex marriage recognized across all the Member States in the EU. Since EU law has supremacy over national law, national courts can even put conflicting national rules aside, including the national constitution.

At the same time, the *Trybunał Konstytucyjny* (Polish Constitutional Tribunal) might not be pleased with the *Cupriak-Trojan* judgment. After all, the [Polish Constitution](#) explicitly provides that “marriage” can only be a “union between a man and a woman” (Article 18 of the Polish Constitution). Furthermore, the *Trybunał* has [openly defied](#) the supremacy of EU law over the Polish Constitution before (for a commentary on this ruling, see [here](#) and [here](#)).

The CJEU instructed the referring judge to interpret the national law in line with EU law if possible, and to put aside the national law if needed (para 76). In other words, the CJEU asked of the national judge to recognize the marriage between Mr. Cupriak-Trojan and Mr. Trojan even if this goes against the Polish Constitution. The referring judge will thus be forced to publicly declare which supreme court they pledge allegiance to: the one in Luxembourg or the one in Warsaw. A constitutional clash might be upcoming.

An extra incentive for the Polish legislator to consider registered partnerships

Second, the *Cupriak-Trojan* judgment also created added value by gently pushing the Polish legislator towards adopting the civil partnership bill. The convictions in the ECtHR cases required Poland to adopt a legal framework to recognize and protect same-sex relationships. In reaction to these judgments, the government thus [proposed](#) to introduce registered partnerships for same-sex couples. So far, Poland has

not managed to adopt any legislation, as president Nawrocki has [threatened to veto](#) any proposal where registered partnerships would be too similar to marriage. Therefore, the ECtHR judgments *de facto* remained dead letter, with limited incentives for the Polish legislature to adopt the proposed legislation.

The *Cupriak-Trojan* judgment now creates an extra incentive for the Polish legislator to act. If Poland does not implement any form of recognition through legislation, mobile same-sex couples can get married in another Member State and get their marriage recognized upon return. So, if Poland does not want same-sex couples to get access to marriage recognized in Poland, they will have to pass the civil partnership bill into law.

Currently, the Polish government seems to blow hot and cold about whether and how they will implement the ruling. On the one hand, the government has confirmed [they will abide by the CJEU ruling](#). On the other hand, prime minister Tusk also warned the EU that “[Poland won’t be pressured to recognize same-sex marriages](#).” President Nawrocki even spoke of a “[terror of rainbow rulings](#)” fiercely opposing both the rulings from Strasbourg and Luxembourg on rainbow rights. We shall see if they manage to find a compromise in the end.

Conclusion

The fight for marriage equality in Europe is not over yet. However, with *Cupriak-Trojan* the proponents have won a significant battle. Member States now need to give at least some recognition to same-sex marriages concluded in another Member State. Furthermore, the case clearly indicates that both Strasbourg and Luxembourg are allies in the fight. Strasbourg leads the charges and convicts States that refuse to recognize same-sex relationships. Luxembourg is providing the ammunition to get these judgments enforced within the European Union.

Furthermore, the CJEU has interpreted the concept of “restriction to free movement” more broadly, making potentially the entire fundamental right to family life of mobile citizens fall within the scope of EU law. At the same time, the impact of

Luxembourg's contribution is currently limited by the personal scope of free movement law. The *Cupriak-Trojan* case does not have any effect (yet) for static citizens who want to get married with their same-sex partner. Similarly, third country nationals that reside in the EU also cannot benefit from this judgment yet. The victory for rainbow family rights is thus relatively small, but nevertheless significant.

I would like to thank Türkan Ertuna Lagrand, Ton van den Brink and Hanneke van Eijken for their feedback and thoughts on an earlier draft. Additionally, I extend my gratitude to Fulvia Ristuccia, Chiara Rauceo and Maria Haag for the opportunity to discuss the different aspects of the case within the CIRCLES meeting.

Iurie Patricheev

Judging Independence

The ECtHR's *Danileț v. Romania* and the Struggle for Judicial Independence in Romania

doi: 10.59704/ead01ae3b9204c74



On Monday, the European Court of Human Rights (ECtHR) held in *Danileț v. Romania* that judges cannot be disciplined for publicly defending the constitutional order or commenting on the functioning of justice, provided they do not cross the lines of impartiality, propriety, or incitement. Coinciding with the early December 2025 *testimonies* by judges and journalistic investigations exposing corruption and sustained *pressure* on the Romanian judiciary, the Grand Chamber's judgment could not have arrived at a more timely moment. *Danileț* extends beyond the vindication of one judge's freedom of speech rights: it is an important moment for Romania's judiciary and a reminder that courts must be able to speak – and be heard – when democracy and the rule of law are under threat.

Case background and procedural trajectory

The case centers on two Facebook posts published in January 2019 by Judge Vasilică-Cristi Danileț, then a member of the Cluj County Court and nationally known for his views on democracy, rule of law, and justice reform. One post concerned a public controversy over the President's extension of the Army Chief of Staff's mandate; the other related to a press interview with a prosecutor, accompanied by a brief colloquial remark in which the applicant praised the prosecutor's spirit. For these posts, the National Judicial and Legal Service Commission imposed a *disciplinary sanction* on Danileț: a two-month 5% salary cut, on the grounds that he had impaired the dignity of judicial office and breached a duty of discretion. The High Court of Cassation and Justice *upheld* the sanction in May 2020.

On 20 February 2024, the ECtHR, sitting as a Chamber, *found* that Romania had violated Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR). It concluded that the disciplinary interference with Danileț's speech on matters of public interest lacked sufficient justification. At the Government's *request*, the case was referred to the Grand Chamber in July 2024, signalling that the State considered the issues to be of exceptional importance and disagreed with the Chamber's reasoning. The Grand Chamber heard the case on 18 December 2024 and, exactly a year later, by ten votes to seven, confirmed that Romania had violated the applicant's Article 10 rights.

The Grand Chamber's analysis

The *judgment* follows a well-established structure for addressing Article 10 claims: interference, legality, legitimate aim, and necessity in a democratic society. The Strasbourg Court accepted that the disciplinary sanction interfered with freedom of expression, noting that Romanian law is accessible and sufficiently precise to regulate judges' conduct, and recognised the legitimate aim of maintaining the authority and impartiality of the judiciary (paras. 138-141). The crux of the matter, however, lies in necessity: was the sanction imposed addressing a pressing social need, grounded in relevant and sufficient reasons, and proportionate?

The Court emphasised the balancing exercise intrinsic to Article 10(2) when applied to judges and prosecutors: between their ordinary right of judges to freedom of expression on the one hand, and their specific duties and responsibilities of judicial office,

notably the duty of discretion meant to protect public confidence in the judicial system (para. 171). In calibrating that balance, the Court drew a sharp distinction between speech implicating ongoing proceedings or compromising impartiality and speech defending constitutional order, the separation of powers, and the functioning of justice. The latter, the Court stressed, are matters of public interest that attract the highest level of protection (para. 191).

The Grand Chamber underscored that, where democracy and the rule of law are under serious threat, judges are entitled to speak out; remarks made in such contexts generally warrant a high level of Article 10 protection (para. 186). That principle directly anchors the Court's treatment of the first post, which defended constitutional order amid an institutional dispute over the Army Chief of Staff's extension. The Court found no evidence that the remarks undermined the proper functioning of justice, impaired the dignity of the judiciary, or endangered impartiality (paras. 176, 197).

The second post, linking to an interview about prosecutorial caseloads and reforms, likewise concerned matters of public interest – namely the functioning of the justice system – and thus deserved robust protection. The sanction hinged largely on the judge's use of the colloquial phrase “blood in his [the prosecutor's] veins” (Romanian: *sânge în instalație*), which domestic authorities deemed to exceed propriety. This idiom is best translated as “being courageous enough to do something”; which in this context implies that Danileț praised the prosecutor for speaking up openly against interferences with judicial independence. The Grand Chamber acknowledged that ambiguous language by judges on social media might be problematic and suggested that clearer phrasing would have been preferable. Yet it concluded that the domestic authorities failed to articulate how the phrase “significantly overstepped” the inherent limits of propriety or why it justified disciplinary punishment (para. 183). Crucially, the Court found no defamatory, hateful, or violent content, no call to uprising, and no concrete impact on impartiality or public confidence in the applicant's publications.

Two additional aspects seem to have affected the Grand Chamber's reasoning. First, procedural safeguards: neither the Disciplinary Board nor the High Court examined whether the value judgments in the first post had a sufficient factual basis, nor did they explain the gravity of the colloquial phrase or situate the speech in its public interest context (paras. 201-204). This omission raised concerns for the Court about the quality and scope of judicial review at the national level. Second, the chilling effect played an important role. Even a mild sanction, the Court emphasised, can deter judges from engaging in public discourse on constitutional and systemic questions (para. 200). The Court treated this chilling potential as an integral element of its proportionality analysis, especially in an environment where institutional pressure on the judiciary is a pressing concern.

Why this case matters now

The importance of *Danileț* is two-fold. Doctrinally, it contributes to the Court's ever-growing Article 10 jurisprudence by clarifying the boundaries of judicial speech in digital public spheres and setting a high bar for disciplining judges who speak on public interest matters. Practically, it intervenes timely in the Romanian context where judicial independence faces systemic pressure. Over the past week, judges' testimonies and investigative reporting have [exposed](#) patterns of intimidation, politicised disciplinary actions, and informal pressure networks that seek to constrain magistrates who resist political encroachment or criticise structural issues. These accounts have captured an unprecedentedly big audience: the Recorder's [documentary](#), which started the whole debate, accumulated over 4 million views within 5 days on YouTube alone. Thousands of people demonstrated their disagreement with the situation by [protesting](#) in the streets, [demanding](#) changes to the judicial system and the resignation of those whose names featured in the investigations. The [reports](#) suggest not sporadic excesses of superior judges' competences but a pattern embedded in institutional practice, which many have aptly [described](#) as a systemic issue.

Against this backdrop, the *Danileț* judgment is particularly important. Itself a highly debated verdict (ten votes to seven, three separate opinions), it affirms that judges (and, by implication, prosecutors) can, and sometimes must, speak to defend constitutional architecture and institutional independence. It rejects the decade-long practice of disciplining them for participating in public debate, especially where their speech concerns governance of the justice system, structural reforms, and the separation of powers. By condemning sanctions grounded in unfounded claims of impaired dignity or propriety, the ECtHR shifts the burden of proof to authorities to show concrete harm to impartiality or public trust. Moreover, by highlighting the chilling effect that even modest penalties can produce, the verdict confronts the reality that disciplinary tools can be – and are being – weaponised to silence judges.

The judgment's timing underscores its significance. Romania's political landscape remains divided, and debates on judicial reform, prosecutorial powers, and institutional checks and balances have fuelled discussions about reshaping the powers of judges. It is against this background that the Constitutional Court of Romania issued one of its most controversial rulings ever, declaring the results of the first round of the 2024 presidential election null and void. In this light, the Court's engagement with the amicus submissions by Romanian and international civil society organisations further indicates that this matter is not merely domestic; international support and scrutiny are essential to aligning this part of Romania's judiciary framework with European standards. As Romania navigates these challenges, *Danileț* provides a normative guideline: judicial speech on public interest matters is presumptively protected, sanctions require precise and evidence-based justification, and judicial independence is incompatible with disciplinary practices that cause chilling effects.

Systemic pressures, rule of law, and democratic resilience

The public scandal of the last couple of weeks suggests that disciplinary mechanisms and informal levers have been used to constrain judicial voices. This dynamic

corrodes the rule of law at several levels. First, it undermines internal judicial deliberation and external transparency, incentivising silence over principled critique. Second, it distorts accountability by punishing speech rather than examining the institutional issues judges legitimately raise: caseload burdens, resource deficiencies, legislative overreach, and executive pressure. Third, it lowers public trust in the system, as citizens start considering the judiciary to be hesitant to defend constitutional norms or inhibited from honest reporting on systemic dysfunction. All of these issues were extensively highlighted in public and academic debates about Romania's justice system.

The ECtHR's strengthening of protection for judges' speech on matters of public interest addresses this corrosion. In democratic terms, the judgment reinforces that courts are more than mute technicians merely applying the law; instead, they are an essential mechanism of accountability for the protection of the rule of law. A judiciary that fears speaking cannot uphold the law when it matters most, and a democracy that silences its judges weakens its capacity to correct its failures. The Romanians should not search for such examples abroad, as the legacy of the Ceaușescu dictatorship with its puppet courts is among the main reasons for the population's reduced trust in the judiciary; an issue which a member of the European Union with a steadily increasing human rights compliance record should be capable of addressing. Romania's Prime Minister, Ilie Bolojan, intervened in the public debate amid the scandal, stating that "winning back the trust in [public institutions], including in the judiciary, is a priority" for the Government. President Nicușor Dan called this "a serious problem that has to be resolved".

In Romania's case, the systemic nature of pressure, attested by magistrates and documented by journalists, means the solution cannot be piecemeal. What is required are institutional safeguards that align disciplinary practice with Article 10 ECHR standards, transparent procedures preventing political influence, and a cultural change recognising judges' contributions to public debate as essential rather than unwarranted. Moreover, when addressing the issue of judicial inde-

pendence, the Government should bear in mind that it is essentially a complex problem that requires coherent solutions. For instance, as the Court's judgment in *Roșca v. the Republic of Moldova* confirmed just a week before *Danileț*, sanctions against the judiciary can also interfere with other rights, such as the right to privacy. Importantly, addressing these issues effectively will require external oversight and dialogue: engagement with the Council of Europe's execution process for ECtHR judgments, EU rule of law mechanisms, and civil society organisations can enhance Romania's progress and hold institutions to account.

Now, the ball is in the Government's court. It is only through a comprehensive reform, informed by the consultations with local and international civil society organisations, that Bolojan and his cabinet can start restoring trust in the national justice system.

Author's note: Funded by the European Union (ERC, BeyondCompliance, 101166174). Views and opinions expressed are those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

Margarita S. Ilieva

Tampering with the ECtHR

Holding States Accountable for Contempt of Court

doi: 10.59704/dbe657140e871101



On Human Rights Day, 10 December 2025, the Secretary General of the Council of Europe convened an informal ministerial conference. The reason, he [stated](#), was that the European Court of Human Rights (ECtHR, Court) has come under pressure from its member states. Given the ongoing interference with the Court, I propose that the latter should define and apply contempt-of-court (contempt) measures to sanction member states intruding on its independence and impartiality. Member states should pre-emptively accept such measures. States that publicly put political pressure on the Court, try to influence its judgments outside of proceedings, weaponize it, attempt to intimidate it, blame or scapegoat it for populist purposes, misrepresent its case law and role, or disrespect its authority in any other manner, should face accountability under the European Convention on Human Rights (ECHR, Convention), for the Court to define. As a minimum, the Court could consider drawing inferences against such states in relevant cases and issuing injunctions against them.

What is contempt of court?

Contempt of court is any behaviour, act, or omission that disrespects or defies the authority, dignity, or process of a court, interfering with justice, including prejudicing a case (e.g., through (social) media). Britannica [defines](#) it as “speech or behavior that does not show proper respect to a court” [and as](#) “insult to, interference with, or violation of a sovereign court”. It further [determines](#) the “primary importance of the notion of contempt [as] warrant[ing] judicial action in defense of the judicial power itself”.

Recent state contempt towards the Court

In 2025, the Court has faced unhealthy politicization – political pressure – with member states seeking to weaponize it, the Council of Europe Secretary General has [implied](#). The pressure initially came from states in an “[open letter](#)”, in which they overtly questioned the Court’s interpretation of the Convention and proposed to change the manner in which it decides “migration” cases, by limiting the human rights of “criminal foreigners”.

I argue that such political messaging seeking to stigmatise and control the Court amounts to the legal violation known as contempt-of-court. It blatantly disrespects the Court, scapegoating it to cater to popular xenophobic demands to “stop the boats” (see also [Donald](#)). Moreover, it overtly seeks to interfere with justice by directly influencing the outcome of multiple cases, prejudicing the fundamental rights of (entire classes of) (highly vulnerable) individuals. The “open letter” flagrantly disregards the Court’s autonomy, its exclusive prerogative to bindingly interpret the Convention, taking the liberty to undermine and “right” its interpretation.

Human rights commentators have concurred that this public challenge by governments of the Court’s case law aims to pressure the Court (see [Steininger](#), [Buyse](#), [Hilpold](#), [Forde](#), [Donald](#)). They have noted the illegitimacy of this governmental attempt to meddle in the Court’s jurisprudence, subverting its authority, and marring its impartiality (see also [Ní Chinnéide and Sevrin](#), and [Vishchyk and Pizzi](#)).

Additionally, the openly xenophobic letter, which tries to discredit the Court for defending migrants and

attacks it based on its perceived association with “foreigners”, mirrors – and is equally deplorable as – the denounced manner in which states vilify and seek to suppress human rights defenders (HRDs) advocating for migrants (see [here](#) regarding the European context of official negative stereotyping and intimidation of such HRDs).

The Council of Europe Human Rights Commissioner has [identified](#) the letter’s blaming of the Court as a form of the now normalised “laying of the blame for social ills on foreigners”, the persistent “othering” and “disparagement” of migrants, which also engenders hate crime.

More contempt

Belgium, one of the signatories of the said letter, [refuses](#) to comply with the ECtHR “reception crisis” judgments. United Kingdom politicians [threaten](#) to withdraw from the Convention, framing it as an obstacle to border control. Poland [openly refuses](#) to comply with ECtHR judgments on judicial reform ([Vishchyk and Pizzi](#)).

At the informal ministerial conference on Human Rights Day, 27 member states made a joint [Statement](#) referring to, and developing, the letter of the nine. They claimed that “a right balance has to be found” between migrants’ rights and their own interests, implying that the Court-defined balance is wrong. The states sought to “adjust” the Court-defined balance by depreciating the ECHR right to family life of “foreigners convicted of serious crimes”. The states explicitly stated the purpose of such “rebalancing” is to ensure they are never unable to expel such foreigners.

In this Statement, the states sought to rectify the Court’s case law on freedom from inhuman and degrading treatment as well. Directly instructing the Court on how to interpret this freedom, they claimed that its scope should be “constrained to the most serious issues”, allowing them to expel “foreign criminals” despite issues of healthcare and prison conditions.

At the conference, the Council of Europe Human Rights Commissioner [admonished](#) states “to ensure that all discourse and proposals do nothing to diminish the independence of the [Court] or indeed of any

other court”. He affirmed: “The principle of independence of the judiciary is essential to the rule of law state.”

ECHR accountability for all that contempt

I argue that such interference as the nine states’ letter and the 27 states’ joint Statement seeking to scapegoat the Court and force it to change its case law, which amounts to contempt of court contravening the rule of law, should have legal consequences under the ECHR. There should be ECHR accountability for such state acts in contempt of the ECtHR.

The ECtHR could define and impose such liability, which states should embrace under the very declaration (or other instrument) that they will use in 2026 to limit their own ECHR duties vis-à-vis the human rights of migrants/foreigners.

What would such liability entail? For example, in pending cases, the Court could consider drawing from such states’ statements inferences of their bad faith vis-à-vis migrants’ rights, including for purposes of interim relief. It could presume that the respondent states’ intent was not to respect such individuals’ ECHR rights, e.g., their rights as defined by the Court; that the states’ notion of “proportionality” in pursuing their purported legitimate aims was not the same as the authentic one – the one the Court has defined. It could consider finding ECHR violations and ordering structural relief (Article 46 ECHR) based on the respondents’ failure to rebut such inferences.

Additionally, the Court could consider awarding enhanced compensation to applicants in relevant cases, as undue pressure on the Court to decide in favour of states – and against those applicants – adversely affects the latter’s right to a fair process under their right to individual application (Article 34 ECHR). Indeed, the Court could consider holding that such anti-migrant/xenophobic statements by states seeking to redefine their own victims’ ECHR rights are a breach per se of the relevant applicants’ right to individual application, with the appropriate consequences under the case law. At the very least, by doing so, the Court would document states’ infractions against its integrity, exposing them, as well as shine a

light on its own dignity by protecting it. Moreover, it would lead the way for embattled domestic courts and judges. Most importantly, it would show migrants that, no matter the cost, it will keep on recognising their personality before the law as it should.

Perhaps, as a consequence, the states would retaliate by seeking to limit the Convention and curtail the Court, yet they would have a good reason to do so through the appropriate procedures, in a manner respectful of the Court, e.g. of the rule of law.

Conclusion

Out of self-respect, Council of Europe states – which by their very membership self-identify as rule-of-law states – should proactively accept ECtHR-defined and imposed contempt-of-court measures under the ECHR. This is a matter of (re)aligning with the rule of law. States should do so using the same (political) instrument by which they will in 2026 seek to curtail migrants' ECHR rights. Most member states have shown no respect for the human rights of foreigners whom they other. Nevertheless, they should demonstrate respect for their own (purported) rule-of-law character by accepting ECHR contempt-of-court accountability for themselves and their peers.

Kai Ambos

The Sanctioning of Law

On the US Government's Sanctions Policy Against the International Criminal Court

doi: 10.59704/82c27ab6f6f063a5



Imagine a Western head of government sanctioning the attorney general and judges of the supreme court because they have brought criminal proceedings against his party colleagues. He has their assets seized, their bank accounts frozen, and their freedom of movement restricted. He prohibits national companies from doing business with the sanctioned individuals, including their family members. A fundamental attack on the separation of powers and the work of the judiciary? Yes! Unimaginable? Unfortunately, no!

This is precisely what the Trump administration has now done with the leadership of the Office of the Prosecutor (OTP) and eight judges of the International Criminal Court (ICC). The sanctions were imposed by Presidential [Executive Order 14203](#) (“EO”) on February 6, 2025.¹ It was initially limited to (then) Chief Prosecutor Karim Khan (currently on leave), but was expanded by Secretary of State Marco Rubio² to four judges³ on [June 5, 2025](#), to the two deputy prosecutors⁴ and two other judges⁵ on [August 20, 2025](#), and to two further judges on December 18, 2025.⁶ Furthermore, there is the threat of institutional sanctions against the ICC, which, although so far unsuccessful at the legislative level in the US Senate at the beginning

of the year (“[Illegitimate Court Counteraction Act](#)”),⁷ can be taken up again by Congress at any time or ordered by a new EO. The ICC, too, therefore needs a kind of “[Judicial Resilience Project](#)” against the threat of right-wing populism,⁸ but at the supranational level.

Justification for the sanctions

The sanctions are justified on the grounds that the ICC, through the aforementioned individuals, has initiated investigations “[without a legitimate basis](#)” against US personnel and “[certain of its allies](#)”⁹

“(i) a government of a member country of the North Atlantic Treaty Organization; or

(ii) a government of a “major non-NATO ally,” as that term is defined by section 2013(7) of the American Servicemembers’ Protection Act of 2002 (22 U.S.C. 7432(7)). Accordingly, a “major non-NATO ally” is designated by the US President being a key security partner.

– so-called “protected persons”¹⁰ – and that this “[malign conduct](#)” by this “[bankrupt institution](#)” violates the sovereignty of the US and undermines its national security. Specifically, the sanctioned individu-

¹ Previously (January 20, 2025), Trump had repealed President Biden’s Executive Order 14022 of April 1, 2021, which [lifted](#) the sanctions imposed during Trump’s first presidency (“not an effective or appropriate strategy for addressing the United States’ concerns with the ICC”) but did not automatically reactivate the old sanctions; thus, Trump first had to declare a new “national emergency” and issue the new Executive Order 14203; cf. [Bridgemann/Hamilton](#); for an overview of the US position since President Clinton, see [Galbraith](#).

² EO 14203 authorizes the Secretary of State to designate additional “foreign person(s)” for sanctions ([section 1\(a\)\(ii\)\(A\)](#)).

³ Solomy Balungi Bossa (Uganda), Luz del Carmen Ibáñez Carranza (Peru), Reine Adelaide Alapini Gansou (Benin), and Beti Hohler (Slovenia).

⁴ Nazhat Shameem Khan (Fiji) and Mame Mandiaye Niang (Senegal).

⁵ Kimberly Prost (Canada), Nicolas Guillou (France).

⁶ Gocha Lordkipanidze (Georgia), Erdenebalsuren Damdin (Mongolia).

als are allegedly “directly engaged in any effort by the ICC to investigate, arrest, detain, or prosecute a protected person without consent of that person’s country of nationality” (Section 1(a)(ii)(A) EO 14203). However, apart from Israel, no US allies are mentioned, and in fact, at the time the EO was issued, the only proceedings still ongoing were those in the “[Situation in the State of Palestine](#)”, which on [November 21, 2024](#), led to the issuance of (unpublished) arrest warrants against Israeli Prime Minister Netanyahu and then-Defense Minister Gallant (as well as three Hamas leaders who have since been killed).

In contrast, Prosecutor Khan had already limited the investigations in the Afghanistan proceedings to the Taliban¹¹ on [September 27, 2021](#), and effectively discontinued (“deprioritised”) them with regard to US citizens. This means that there are currently no investigations whatsoever against US citizens. The sanctioning of the aforementioned individuals can thus, apart from the Trump administration’s ideological hostility toward the ICC as a representative of international (criminal) law accountability, only be explained by the Israel/Palestine/Gaza investigations. This is further evidenced by the (additional) sanctioning of the UN Special Rapporteur on Palestine, Francesca Albanese, by Secretary of State Rubio on [July 9, 2025](#).

Only Prosecutor Khan (and his two deputies since his leave) and Judges Alapini Gansou, Guillou, and Hohler (as members of the Pre-Trial Chamber that issued the above-mentioned arrest warrants) have been involved in the Israel/Palestine investigations up to December 15, 2025. The other sanctioned judges (Balungi Bossa, Ibáñez Carranza, and Prost) authorized, as part of the Appeals Chamber – alongside the now-retired (and unsanctioned) judges Hofmánski and Morrison –, the Afghanistan investigation on [March 5, 2020](#). The most recent, December 18, sanctioning of two further judges is due to their involvement in the [Appeal Chamber decision of December 15, 2025](#) in the Palestine situation, confirming the Pre Trial Chamber’s decision on Article 18 ICC Statute¹² (although, so far, the Presiding Japanese Judge and ICC President, Tomoko Akane, has not been sanctioned). This confirms the US government’s focus on the Israel/Palestine proceedings. As to the Afghanistan proceedings it makes clear that only judges who are still active and those who, as part of the Appeals Chamber, authorized the original Afghanistan investigations (including US citizens in addition to the Taliban, among others) should be sanctioned, but not all judges involved in the Afghanistan proceedings (such as Italian judge Aitala, who played a key role in the PreTrial

⁷ The bill was passed by the US House of Representatives on January 9, 2025, by a vote of 243 to 140, but then failed in the Senate because the majority required to overcome a filibuster (60 out of 100 votes) was not achieved (known as “failed cloture”). The legislative process can be resumed at any time; see summary [here](#).

⁸ On the bigger picture of Trump’s sanctions (attack on the judiciary and the rule of law) see [Galbraith](#) and the [interview](#) with Kim Scheppele.

⁹ According to Section 8(e) of EO 14203, an “ally” of the USA is defined as

¹⁰ According to sect. 8(d) VO 14203, the following are considered “protected persons” (not to be confused with the term used in international humanitarian law)

“(i) any United States person ... including

(A) current or former members of the Armed Forces of the United States;
(B) current or former elected or appointed officials of the United States Government; and
(C) any other person currently or formerly employed by or working on behalf of the United States Government; and

(ii) any foreign person that is a citizen or lawful resident of an ally of the United States that has not consented to ICC jurisdiction over that person or is not a state party to the Rome Statute, including:

(A) current or former members of the armed forces of such ally of the United States;
(B) current or former elected or appointed government officials of such ally of the United States;
and

(C) any other person currently or formerly employed by or working on behalf of such a government;“

¹¹ In this regard, Khan also applied for arrest warrants on [January 23, 2025](#), which were issued by Pre-Trial Chamber II on [July 8, 2025](#).

¹² On the substantive issue, i.e., the notification requirement and the respective State’s possible objections (in particular the deferral request) within the framework of the complementarity proceedings, see [here](#).

Chamber II's decision on [April 12, 2019](#) declining to authorize the investigation).

The US government is therefore solely concerned with protecting its own nationals and those of allied States (Israel), not with ICC proceedings in general. As long as these are directed against adversaries or enemies of the US (Taliban) or Israel (Hamas), the US government has no problem with the ICC's alleged "overreach." But when the law is to be enforced against the US or its friends, the court itself becomes the enemy. These *double standards* are not new; they can also be observed in the so-called war on drugs: while the Trump administration extrajudicially executes alleged "narco-terrorists" in the Caribbean (for evidence of the clear violation of international law, see [here](#), [here](#), and also [here](#)), it simultaneously [pardons](#) the former president of Honduras, Juan Orlando Hernández, who had previously been [sentenced](#) to 45 years in prison by an US court in a fair trial for, inter alia, drug trafficking.

Sanctions with grave consequences

A designated person and their family members are prohibited from traveling to the United States. All of their property and property interests located in the United States, or in the possession or control of U.S. persons, are blocked and must be reported to the Office of Foreign Assets Control (OFAC) of the U.S. Department of the Treasury. In addition, all natural or legal persons that are directly or indirectly owned, individually or in the aggregate, 50 percent or more by one or more blocked persons are themselves blocked. All transactions by U.S. persons, or within (or transiting) the United States, that involve property or property interests of designated or otherwise blocked persons are prohibited, unless authorized by a general or specific OFAC license or covered by an applicable exemption. These prohibitions include the provision or supply of funds, goods, or services by, to, or for the benefit of any sanctioned person and the receipt of any contribution or provision of funds, goods, or services from any such person (see also [Galbraith](#) and [Hovell](#)).

However, these are only the primary effects of the sanctions, also known as primary sanctions. Secondary sanctions can be even more serious. They extend beyond US territory and US citizens and companies, i.e., they have an extraterritorial and global effect. Sometimes they are also a consequence of overcompliance, which at the same time demonstrates the chilling effect of the primary sanctions. By way of example, a European bank based in the EU, which is not itself directly subject to the sanctions, terminates the account of a sanctioned person because it fears negative consequences for its U.S. business. Two of the six judges involved have commented publicly on the concrete effects of the sanctions: the French judge Guillou ([here](#)) and the Canadian judge Prost ([here](#) and [here](#)). Beyond the ban on entry into the US, they report that from one day to the next they could no longer receive goods, services, or funds from US companies (e.g., Amazon, Airbnb, PayPal, Visa, Master Card), along with indirect (secondary) effects on transactions with European companies as well, such as their domestic bank or a travel company. Similar accounts were given by UN Special Rapporteur Albanese during a [hearing in the Italian Senate](#); at the same time, the manager of her Italian "Banca Etica" (!) regretted that he had to close her account and asked politicians to take countermeasures.

On the EU's (possible) countermeasures

In order to avoid such (extraterritorial) effects, the EU previously issued – in connection with US sanctions against Cuba and Iran – a so-called blocking regulation ([Regulation 2271/96 of November 29, 1996](#)), which prohibits EU "persons" (natural and legal persons, Art. 11) from complying with such sanctions. In a landmark decision of [December 21, 2021](#) ("Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH")¹³, the European Court of Justice (ECJ, Grand Chamber) first confirmed, in accordance with the recitals of the regulation, that the extraterritorial effect of US sanctions "harm[s] the interests of the European Union, as well as those of the persons referred to, in violating international law and

¹³ The decision, handed down on referral from the Higher Regional Court of Hamburg, concerned the legality of Telekom's termination of Bank Melli's telecommunications contracts in view of the Blocking Regulation.

compromising the realisation of the European Union's objectives [in contributing to the development of world trade]" (para. 37). The prohibition (pursuant to Art. 5 of Regulation 2271/96) on complying with such sanctions also applies, "in the absence of an order directing compliance issued by the administrative or judicial authorities of the third countries which adopted those laws." (para. 42-51). An EU company may terminate contracts with sanctioned persons—even without giving reasons—but not solely on the basis of US sanctions; it must adduce and demonstrate other reasons, e.g., of an economic nature (para. 52-68).¹⁴ The resulting conflict with the fundamental right of entrepreneurial freedom (Art. 16 EU Charter of Fundamental Rights) must ultimately be resolved through a proportionality assessment, balancing the pursuit of the aforementioned Union objectives against the economic interests of the undertaking concerned. Those interests must give way insofar as the invalidity of a termination of a contract with a sanctioned person—as a consequence of the EU-mandated non-compliance with extraterritorial sanctions—has no "disproportionate effects" on the company concerned (para. 69-95).¹⁵

Such a blocking regulation was also discussed in response to US sanctions against the ICC (see European Parliament [here](#) and [here](#)). Another EU

countermeasure that could be considered in this context is the [instrument against economic coercion \(Regulation \(EU\) 2023/2675\)](#) adopted in 2023. It dates back to [Chinese coercive measures](#) against Lithuania over its Taiwan policy in 2021. Article 2(1) of the Regulation defines economic coercion as "third-country measure affecting trade or investment in order to prevent or obtain the cessation, modification or adoption of a particular act by the Union or a Member State, thereby interfering in the legitimate sovereign choices of the Union or a Member State." This instrument is therefore primarily a response to economic coercive measures (such as the tariffs imposed by the Trump administration). However, if one assumes that measures of this kind (such as the ICC sanctions) also interfere with the EU's sovereign foreign policy (in this case, its unconditional support for the ICC),¹⁶ the activation of Regulation 2023/2675 could certainly be justified. Otherwise, the EU could also adopt a more tailor-made legal act.

So far, the EU has not produced any such formal response—not only because of the legal (and economic) problems outlined above, but (probably) also because it fears that the US government could then sanction the Court as a whole. On the one hand, this possibility, as noted at the outset, must be taken seriously; if it were to materialize, the very existence

¹⁴ See [ECJ, judgment of December 21, 2021](#), paras. 52-68, with a somewhat cryptic conclusion regarding the reason for termination (para. 68): „Nevertheless, the first paragraph of Article 5 of that regulation requires that, in civil proceedings relating to the alleged infringement of the prohibition laid down in that provision, where all the evidence available to the national court suggests prima facie that a person referred to in Article 11 of Regulation No 2271/96 complied with the laws specified in the annex, without having an authorisation in that respect, it is for that person to establish to the requisite legal standard that his or her conduct did not seek to comply with those laws.“

¹⁵ *Ibid.*, para. 95: „... that Regulation No 2271/96, in particular Articles 5 and 9 thereof, read in the light of Article 16 and Article 52(1) of the Charter, must be interpreted as not precluding the annulment of termination of contracts effected by a person referred to in Article 11 of that regulation in order to comply with the requirements or prohibitions based on the laws specified in the annex, even though that person does not have an authorisation within the meaning of the second paragraph of Article 5 of that regulation, provided that that annulment does not entail *disproportionate effects* for that person having regard to the objectives of that regulation consisting in the protection of the established legal order and the interests of the European Union in general. In that assessment of proportionality, it is necessary to *weigh in* the balance the pursuit of those objectives served by the annulment of the termination of a contract effected in breach of the prohibition laid down in the first paragraph of Article 5 of Regulation No 2271/96 and the probability that the person concerned may be exposed to *economic loss*, as well as the extent of that loss, if he or she cannot terminate his or her commercial relationship with a person included in the list of persons covered by the secondary sanctions at issue resulting from the laws specified in the annex.“ (emphasis added).

¹⁶ See [van Elsuwege](#) and Ambos, *Deutsche Richterzeitung* 2025, 202 (203) (on the occasion of Hungary's withdrawal from the EU).

of the Court would be at stake. On the other hand, however, verbal protests and declarations of solidarity¹⁷ alone cannot mitigate the effects of the sanctions. Even the commendable and important efforts of the ICC Registry to strengthen the resilience, adaptability, and sustainability of the ICC,¹⁸ including through the use of national circumvention strategies,¹⁹ as well as the domestic dialogue of certain States Parties with relevant national economic actors cannot replace the effects of a formal EU response (in particular through a blocking regulation).

Attack on the Law

It is an irony of history that the US, the country that was largely responsible for the Nuremberg trial of the major war criminals, now wants to destroy the very court that would not exist without Nuremberg. Unlike in the Caribbean, the Trump administration's sanctions do not kill physically, but they do destroy the civil existence of the ICC's representatives sanctioned. The sanctions amount to a form of civil death because those sanctioned can no longer participate in normal business and social life. Independent prosecutors and judges are being equated with terrorists, organized criminals, and corrupt dictators. In other words, they are being punished for doing their job—a "job" for which they were elected and appointed and for which they enjoy special protection (Art. 48(2) ICC Statute).²⁰ At the same time, the sanctions and the accompanying reprisals and threats against members of the ICC and the Court as a whole – as well as the Russian [prosecution](#) and [conviction](#) (in absentia) of ICC leadership personnel – can be classified as crimes against the administration of justice within the meaning of Art. 70 (1) (d), (e) ICC Statute (see also the [ASP Resolution](#) of December 5, 2025, para. 4; also [Hovell](#)).

The US sanctions policy thus proves to be not only an attack on the ICC, but an attack on the law itself.

This requires an institutional response, more than just verbal protest. Words must be followed by concrete action. An EU legal act in the form of a blocking regulation or a more tailored instrument (possibly based on the Regulation against economic coercion) could be such an action (see also [Hovell](#) [with further measures also within the US] and [Iverson](#)). It would not only help like-minded EU actors to maintain their contractual relations with the ICC, but would also send a strong, not merely symbolic signal of European determination beyond the EU and Europe. It would represent a first step towards achieving European sovereignty, long overdue in this area as well. At the same time, the ICC should – as a preventive measure with a view to possible institutional sanctions – make itself independent of US companies (e.g., [Microsoft Office](#)).

For a brief audio version (in German) see [here](#).

¹⁷ See most recently the Declaration of the ICC's Assembly of States Parties (ASP) of [December 3, 2025](#), para. 3, and the resolution "Strengthening the International Criminal Court" of [December 5, 2025](#), p. 3 and para. 2-3; from a civil society perspective, see [here](#). For criticism of Canada's silence, see [Kersten](#).

¹⁸ See most recently the speech by Registrar Osvaldo Zavala Giler at the last ASP [here](#), pp. 5-6.

¹⁹ This deserves a separate treatment, also with a view to the achievement of financial and digital sovereignty, e.g., through parallel payment systems such as the Brazilian PIX system (as an alternative to PayPal and ApplePay, see [here](#)).

²⁰ See also the relevant 1973 [UN Convention](#) on the Protection of Diplomats and Other Equivalent Persons; see also [Hovell](#).

Kai Ambos

Die Sanktionierung des Rechts

Zur Sanktionspolitik der US-Regierung gegen den Internationalen Strafgerichtshof

doi:

10.59704/0beeb47849e9635d10.59704/0beeb47849e9635d10.59704/0beeb47849e9635d10.59704/0beeb47849e963



Stellen Sie sich einmal vor, dass ein westlicher Regierunschef den Generalstaatsanwalt und Richter:innen des obersten Gerichts sanktioniert, weil sie Strafverfahren gegen seine Parteiliebe betrieben haben. Er lässt ihr Vermögen beschlagnahmen, Bankkonten einfrieren, die Bewegungsfreiheit einschränken. Er verbietet den nationalen Unternehmen jegliche Geschäftsbeziehung mit den sanktionierten Personen, einschließlich der Familienangehörigen. Ein fundamentaler Angriff auf die Gewaltenteilung und die Arbeit der Justiz? Ja! Unvorstellbar? Leider nein!

Denn genau dies hat die Trump-Regierung inzwischen mit der Führungsebene der Anklagebehörde und sechs Richtern des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) getan. Die Sanktionierung erfolgte per präsidialer [Exekutivverordnung 14203](#) („VO“) am 6. Februar 2025.¹ Sie war zunächst auf den – inzwischen aus anderen Gründen beurlaubten – Chefankläger Karim Khan beschränkt, wurde dann aber am [5. Juni 2025](#) von Außenminister Marco Rubio auf vier Richter² und am [20. August 2025](#) auf die zwei stellvertretenden Ankläger³ sowie zwei weitere Richter⁴ erweitert.⁵ Weitergehend droht die institutionelle Sanktionierung des IStGH, die zwar auf legislativer Ebene („Illegitimate Court Counteraction Act“) Anfang des Jahres im US-Senat gescheitert ist,⁶ aber jederzeit wieder vom Kongress aufgenommen oder per erneuter Exekutivverordnung angeordnet werden kann. Auch der IStGH braucht also eine Art „[Justiz-Projekt](#)“ gegen die rechtspopulistische Gefahr,⁷ allerdings auf supranationaler Ebene.

Begründung der Sanktionen

Die Sanktionierung wird damit begründet, dass der IstGH durch die genannten Personen „ohne legitime Grundlage“ („without a legitimate basis“) Ermittlungen gegen US-Personal und seine Verbündeten („certain of its allies“)⁸ – sog. „geschützte Personen“ („protected persons“)⁹ – eingeleitet habe und dieses „böartige Verhalten“ („malign conduct“) dieser „bankrotten Institution“ („bankrupt institution“) die Souveränität der USA verletze und ihre nationale Sicherheit untergrabe. Konkret wird den sanktionierten Personen vorgeworfen, „sich direkt an Bemühungen des IstGH beteiligt zu haben, eine geschützte Person ohne Zustimmung des Heimatlandes dieser Person zu untersuchen, zu verhaften, festzuhalten oder strafrechtlich zu verfolgen.“¹⁰ Allerdings werden neben Israel keine US-Verbündeten genannt und tatsächlich lief zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses nur noch das Verfahren in der „[Situation in the State of Palestine](#)“, das am **21. November 2024** zur Anordnung von (unveröffentlichten) Haftbefehlen gegen den israelischen Premierminister Netanjahu und den damaligen Verteidigungsminister Gallant (sowie gegen drei – inzwischen getötete – Hamasführer) geführt hat.

Demgegenüber hat der damalige Chefankläger die Ermittlungen im Afghanistan-Verfahren schon am [27. September 2021](#) auf die Taliban beschränkt¹¹ und bezüglich US-Staatsangehöriger effektiv eingestellt („deprioritised“). Derzeit laufen also überhaupt keine Ermittlungen gegen US-Staatsangehörige. Die Sanktionierung der genannten Personen lässt sich damit

tatsächlich nur – abgesehen von einer ideologischen Feindschaft der Trump-Regierung gegen den ISTGH als Repräsentanten völker(straf)rechtlicher Verantwortlichkeit – mit den Israel/Palästina Ermittlungen begründen. Das belegt auch die (zusätzliche) Sanktionierung der Palästina-UN-Sonderberichterstatterin Albanese durch Außenminister Rubio am [9. Juli 2025](#).

An den Israel/Palästina-Ermittlungen waren allerdings bisher nur Ankläger Khan (und seine zwei Stellvertreter seit seiner Suspendierung) sowie die Richter Alapini Gansou, Guillou und Hohler (als Mitglieder der Vorverfahrenskammer, die die o.g. Haftbefehle erlassen hat) beteiligt. Die anderen sanktionierten Richter (Balungi Bossa, Ibáñez Carranza und Prost) haben als Teil der Rechtsmittelkammer – neben den inzwischen

ausgeschiedenen (und nicht sanktionierten) Richtern Hofmánski und Morrison – am [5. März 2020](#) die Afghanistan-Ermittlungen autorisiert. Damit wird die Strategie der Sanktionspolitik der US-Regierung klar: Es sollten nur die noch aktiven Richter und diejenigen sanktioniert werden, die als Teil der Rechtsmittelkammer die Afghanistan-Ermittlungen in ihrem ursprünglichen Umfang (neben Taliban u.a. auch US-Staatsangehörige betreffend) autorisiert haben, nicht aber alle am Afghanistan-Verfahren beteiligten Richter (so etwa nicht der italienische Richter Aitala, der maßgeblich an der ablehnenden Eröffnungsentscheidung der Vorverfahrenskammer II vom [12. April 2019](#) beteiligt war).

¹ Zuvor (20.1.2025) hatte Trump Präsident Bidens Exekutivverordnung 14022 v. 1.4.2021, mit der die Sanktionen der ersten Präsidentschaft Trumps aufgehoben wurden („not an effective or appropriate strategy for addressing the United States's concerns with the ICC“), [aufgehoben](#), womit allerdings noch nicht automatisch neue Sanktionen in Kraft getreten sind; dazu musste Trump erst einen neuen „nationalen Notstand“ erklären und die neue VO 14203 erlassen; vgl. [Bridgeman/Hamilton](#); für einen Überblick der US-Position seit Präsident Clinton s. [Galbraith](#).

² Solomy Balungi Bossa (Uganda), Luz del Carmen Ibáñez Carranza (Peru), Reine Adelaide Alapini Gansou (Benin) und Beti Hohler (Slowenien).

³ Nazhat Shameem Khan (Fidschi) und Mame Mandiaye Niang (Senegal).

⁴ Kimberly Prost (Kanada), Nicolas Guillou (Frankreich).

⁵ VO 14203 ermächtigt den Außenminister weitere „foreign person(s)“ für eine Sanktionierung zu bestimmen ([section 1\(a\)\(ii\) \(A\)](#)).

⁶ Der Gesetzentwurf wurde mit 243 zu 140 Stimmen vom US-Repräsentantenhaus am 9.1.2025 verabschiedet, scheiterte dann aber im Senat, weil die erforderliche Mehrheit zur Überwindung eines filibuster (60 von 100 Stimmen) nicht erreicht wurde (sog. „failed cloture“). Das Gesetzgebungsverfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden, s. zusf. [hier](#).

⁷ S. insoweit zum „bigger picture“ der Trump-Sanktionen (Angriff auf Justiz und Rechtsstaat) [Galbraith](#) sowie das [Interview](#) mit Kim Scheppelle.

⁸ Als „ally“ der USA gilt gemäß sect. 8(e) VO 14203

“(i) a government of a member country of the North Atlantic Treaty Organization; or

(ii) a government of a “major non-NATO ally,” as that term is defined by section 2013(7) of the American term is defined by section 2013(7) of the American Servicemembers’ Protection Act of 2002 (22 U.S.C. 7432(7))“.

Danach wird ein “major non-NATO ally” vom US-Präsidenten – als zentraler Sicherheitspartner – bestimmt.

⁹ Gemäß sect. 8(d) VO 14203 gelten als „protected persons“ (nicht mit dem humanitärölkerrechtlichen Begriff zu verwechseln) „(i) any United States person ... including

(A) current or former members of the Armed Forces of the United States;

(B) current or former elected or appointed officials of the United States Government; and

(C) any other person currently or formerly employed by or working on behalf of the United States Government; and

(ii) any foreign person that is a citizen or lawful resident of an ally of the United States that has not consented to ICC jurisdiction over that person or is not a state party to the Rome Statute, including:

(A) current or former members of the armed forces of such ally of the United States;

(B) current or former elected or appointed government officials of such ally of the United States;

and

(C) any other person currently or formerly employed by or working on behalf of such a government;“.

¹⁰ Section 1(a)(ii)(A) VO 14203 (“... having directly engaged in any effort by the ICC to investigate, arrest, detain, or prosecute a protected person without consent of that person’s country of nationality.”).

¹¹ Insoweit hat Khan am [23.1.2025](#) auch Haftbefehle beantragt, die am [8.7.2025](#) durch Vorverfahrenskammer II erlassen wurden.

Es geht der US-Regierung also ausschließlich um den Schutz eigener und befreundeter (israelischer) Staatsangehöriger, nicht um die Verfahren oder die Tatvorwürfe an sich. Solange diese sich gegen Gegner und Feinde der USA (Taliban) oder Israels (Hamas) richten, hat die US-Regierung kein Problem mit dem angeblichen „overreach“ des IStGH. Wenn aber gegen die USA oder deren Freunde das Recht durchgesetzt werden soll, wird der Gerichtshof selbst zum Feind. Diese *Doppelstandards* sind nicht neu, sie lassen sich aktuell auch im sogenannten Drogenkrieg beobachten: Während die Trump-Regierung angebliche „Narco-Terroristen“ in der Karibik außergerichtlich hinrichtet (zur evidenten Völkerrechtswidrigkeit s. umfassend [hier](#), [hier](#) und auch [hier](#)), [begnadigt](#) sie gleichzeitig den ehemaligen Präsidenten von Honduras, Juan Orlando Hernández, der zuvor in den USA in einem rechtsstaatlichen Verfahren zu 45 Jahren Freiheitsstrafe u.a. wegen Drogenhandels verurteilt wurde.

Sanktionen mit gravierender Wirkung

Eine sanktionierte Person und ihre Familienangehörigen dürfen nicht in die USA reisen. Ihr gesamtes Vermögen und alle Vermögensanteile, die sich in den USA befinden oder im Besitz oder unter der Kontrolle von US-Personen stehen, sind gesperrt und müssen dem Office of Foreign Assets Control (OFAC) des US-Finanzministeriums gemeldet werden. Darüber hinaus sind alle (natürlichen oder juristischen) Personen gesperrt, die direkt oder indirekt, einzeln oder insgesamt zu 50 Prozent oder mehr im Besitz einer oder mehrerer gesperrter Personen sind. Sämtliche Transaktionen von US-Personen oder innerhalb (oder im Transit) der USA, die Vermögen oder Vermögensanteile von benannten oder anderweitig gesperrten Personen betreffen, sind verboten, sofern keine allgemeine oder spezifische Genehmigung des OFAC vorliegt oder eine Ausnahmegenehmigung erteilt wurde. Dieses Verbot umfasst die Leistung oder Bereitstellung von Geldern, Waren oder Dienstleistungen durch, an oder zugunsten einer sanktionierten Person sowie den Empfang

von Geldern, Waren oder Dienstleistungen von einer solchen Person (s. auch [Galbraith](#) und [Hovell](#)).

Das sind aber nur die primären Wirkungen, auch primäre Sanktionen genannt. Gravierender noch können die sekundären Sanktionen sein. Sie gehen über das US-Staatsgebiet und US-Staatsangehörige und Unternehmen hinaus, wirken also extraterritorial und weltweit. Mitunter sind sie auch eine Folge von vorauseilender Übererfüllung („overcompliance“), was zugleich den chilling effect der Primärsanktionen zeigt. Beispielhaft: Eine europäische Bank mit Sitz in der EU, die eigentlich nicht direkt von den Sanktionen betroffen ist, kündigt das Konto eines Sanktionierten, weil sie negative Effekte für ihr US-Geschäft befürchtet. Zu den konkreten Wirkungen haben sich zwei der sechs betroffenen Richter öffentlich geäußert, zum einen der französische Richter Guillou ([hier](#)) und zum anderen die kanadische Richterin Prost ([hier](#) und [hier](#)): Über das Einreiseverbot in die USA hinaus von einem auf den anderen Tag keine Waren, Dienstleistungen oder Geldmittel mehr von US-Unternehmen (z.B. Amazon, Airbnb, PayPal, Visa, Master Card) und zugleich indirekte (sekundäre) Wirkungen auch auf Geschäfte mit europäischen Unternehmen, z.B. der heimischen Bank oder einem Reiseunternehmen. Ähnliches wird von UN-Sonderberichterstatterin Albanese im Rahmen einer [Anhörung im italienischen Senat](#) berichtet; zugleich bedauerte der Manager ihrer italienischen „Banca Etica“ (!), dass er ihr Konto kündigen müsse, und bat die Politik um Gegenmaßnahmen.

Zu den (möglichen) Gegenmaßnahmen der EU

Um solche (extraterritorialen) Wirkungen zu vermeiden, hat die EU früher – im Zusammenhang mit US-Sanktionen gegen Kuba und den Iran – eine sog. Blocking-Verordnung erlassen ([VO 2271/96 vom 29.11.1996](#)), die es EU-„Personen“ (natürliche und juristische Personen, Art. 11) verbietet, solchen Sanktionen nachzukommen. In einer wegweisenden Entscheidung vom [21. Dezember 2021](#) („Bank Melli Iran gegen Telekom Deutschland GmbH“)¹² bestätigt der EuGH (Große Kammer) zunächst – in Übereinstim-

¹² Die Entscheidung, ergangen auf Vorlage des OLG Hamburg, hatte die Rechtmäßigkeit der Kündigung der Telekommunikationsverträge der Bank Melli durch die Telekom mit Blick auf die Blocking-VO zum Gegenstand.

mung mit den Erwägungsgründen der Verordnung –, dass die extraterritoriale Wirkung der US-Sanktionen „die Interessen der Union und ... der bezeichneten Personen [beeinträchtigt], indem sie das Völkerrecht verletzen und die Verwirklichung der Ziele der Union [Förderung des freien Handels] behindern“ (para. 37). Das Verbot (gemäß Art. 5 VO 2271/96), solchen Sanktionen nachzukommen, gelte auch dann, „wenn seitens der Verwaltungs- oder Justizbehörden der Drittländer, die diese Gesetze erlassen haben, keine Weisung zu deren Einhaltung vorliegt.“ (para. 42-51). Ein EU-Unternehmen dürfe zwar Verträge mit sanktionierten Personen – auch ohne Angabe von Gründen – kündigen, jedoch nicht alleine wegen der US-Sanktionen, sondern es müsse andere Gründe, z.B. wirtschaftlicher Art, vorbringen und nachweisen (para. 52-68).¹³ Der darin liegende Konflikt mit dem Grundrecht unternehmerischer Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechtecharta) sei letztlich im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aufzulösen, im Rahmen derer die Verfolgung der o.g. Ziele der Union mit den wirtschaftlichen Interessen des betroffenen Unternehmens abzuwägen sei. Diese haben zurückzutreten, soweit die Unwirksamkeit einer Kündigung eines Vertrags mit einer sanktionierten Person – als Konsequenz der von der EU geforderten Nichtbefolgung der extraterritorialen Sanktionierung – keine „unverhältnismäßigen Auswirkungen“ auf das betroffene Unternehmen habe (para. 69-95).¹⁴

Eine solche Blocking-Verordnung wurde auch als Reaktion auf die US-Sanktionen gegen den Strafge-

richtshof diskutiert (s. zum Europäischen Parlament [hier](#) und [hier](#)). Als weitere EU-Gegenmaßnahme käme auch das 2023 erlassene [Instrument gegen wirtschaftlichen Zwang](#) (VO (EU) 2023/2675) in Betracht. Es geht auf [chinesische Zwangsmaßnahmen](#) gegen Litauen wegen dessen Taiwan-Politik im Jahre 2021 zurück. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung definiert wirtschaftlichen Zwang als „Maßnahme eines Drittlandes ..., die den Handel oder Investitionen beeinträchtigt, um die Einstellung, Änderung oder Annahme eines bestimmten Rechtsakts durch die Union oder einen Mitgliedstaat zu verhindern oder zu erwirken, und dadurch in die legitimen souveränen Entscheidungen der Union oder eines Mitgliedstaats eingreift.“ Primär geht es also um wirtschaftliche Zwangsmaßnahmen (wie etwa die von der Trump-Regierung erhobenen Zölle), doch wenn man davon ausgeht, dass solche Maßnahmen (wie die IStGH-Sanktionen) auch die souveräne Außenpolitik der EU beeinträchtigen (hier die vorbehaltlose Unterstützung des IStGH),¹⁵ ließe sich die Aktivierung dieses Instruments durchaus begründen. Andernfalls könnte die EU auch einen passgenaueren Rechtsakt erlassen.

Bisher hat sich die EU allerdings noch nicht zu einer solchen formalen Reaktion durchringen können – nicht nur wegen der oben deutlich gewordenen rechtlichen (und wirtschaftlichen) Problematik, sondern (wohl) auch, weil man fürchtet, dass die US-Regierung dann den Gerichtshof als Ganzes sanktionieren könnte. Einerseits ist diese Befürchtung, wie

¹³ S. genauer [EuGH, Urteil 21.12.2021](#), para. 52-68, mit einer etwas kryptischen Schlussfolgerung hinsichtlich des Kündigungsgrunds (para. 68): „Wenn alle Beweismittel, über die das nationale Gericht verfügt, auf den ersten Blick darauf hindeuten, dass eine von Art. 11 der Verordnung Nr. 2271/96 erfasste Person den gelisteten Gesetzen nachgekommen ist, ohne insoweit über eine Genehmigung zu verfügen, verlangt Art. 5 Abs. 1 allerdings, dass es im Rahmen eines Zivilprozesses über einen behaupteten Verstoß gegen die in dieser Bestimmung vorgesehenen Anforderungen ebendieser Person obliegt, rechtlich hinreichend nachzuweisen, dass ihr Verhalten nicht darauf abzielte, diesen Gesetzen nachzukommen.“

¹⁴ Ebd., para. 95: „... dass die Verordnung Nr. 2271/96, insbesondere ihre Art. 5 und 9, im Licht von Art. 16 und Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass sie der Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung von Verträgen nicht entgegensteht, die durch eine von Art. 11 der Verordnung erfasste Person zur Befolgung von Forderungen oder Verboten, die auf den gelisteten Gesetzen beruhen, erklärt wurde, obgleich sie nicht über eine Genehmigung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung verfügt, soweit die Feststellung der Unwirksamkeit für diese Person keine in Anbetracht der Ziele der Verordnung, die bestehende Rechtsordnung und die Interessen der Union im Allgemeinen zu schützen, *unverhältnismäßigen Auswirkungen* hat. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Verfolgung dieser Ziele, der mit der Feststellung der Unwirksamkeit einer gegen das in Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2271/96 vorgesehene Verbot verstoßenden Vertragskündigung gedient wird, gegen die Wahrscheinlichkeit *abzuwägen*, dass die betroffene Person *wirtschaftlichen Verlusten* ausgesetzt wird, sowie gegen deren Ausmaß für den Fall, dass sie die Geschäftsverbindung mit einer Person nicht beenden darf, gegen die sich die Sekundärsanktionen richten, die sich aus den gelisteten Gesetzen ergeben.“ (Herv. K.A.).

¹⁵ S. dazu [van Elsuwege](#) und Ambos, DRiZ 2025, 202 (203) (anlässlich des ungarischen EU-Austritts).

eingangs gesagt, durchaus berechtigt; und wenn sie einträte, stünde die Existenz des Gerichtshofs auf dem Spiel. Andererseits aber können nur verbale Proteste und Solidaritätserklärungen¹⁶ die Wirkungen der Sanktionen praktisch nicht abmildern. Auch die – lobenswerten und wichtigen – Bemühungen der IStGH-Geschäftsstelle („Registry“), Resilienz, Anpassungsfähigkeit und Nachhaltigkeit des IStGH zu stärken,¹⁷ u.a. durch Rückgriff auf nationale Umgehungsstrategien,¹⁸ sowie der innerstaatliche Dialog bestimmter Vertragsstaaten mit relevanten nationalen Unternehmen können die Wirkungen einer formalen EU-Reaktion (insbesondere mittels einer Blocking-Verordnung) nicht ersetzen.

Angriff auf das Recht

Es ist eine Ironie der Geschichte, dass die USA als das Land, das maßgeblich für den Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess verantwortlich war, nun gerade das Gericht, das es ohne Nürnberg nicht geben würde, zerstören wollen. Anders als in der Karibik tötet die Trump-Regierung mit den Sanktionen zwar nicht physisch, vernichtet aber die bürgerliche Existenz der betroffenen Vertreter des Strafgerichtshofs. Die Sanktionierung kommt dem zivilen Tod gleich, weil Sanktionierte nicht mehr am normalen Geschäftsleben teilnehmen können. Unabhängige Staatsanwälte und Richter werden mit Terroristen, organisierten Kriminellen und korrupten Diktatoren gleichgestellt. Mit anderen Worten: Sie werden dafür bestraft, dass sie ihren Job machen – einen „Job“, für den sie gewählt und ernannt wurden und aufgrund dessen sie einen besonderen Schutz genießen (Art. 48 Abs. 2 IStGH-Statut).¹⁹ Zugleich lassen sich die Sanktionen und die sie begleitenden Repressalien und Drohungen gegen Mitglieder des IStGH und das Gericht als Ganzes – ebenso wie die russische [Strafverfolgung](#) und [Verurtei-](#)

[lung](#) (in Abwesenheit) von IStGH-Führungspersonal – als Straftaten gegen die Rechtspflege i.S.v. Art. 70 Abs. 1 lit. d), e) IStGH-Statut qualifizieren (so auch die [ASP-Resolution](#) vom 5. Dezember 2025, para. 4; ebenso [Hovell](#)).

So erweist sich die US-Sanktionspolitik nicht nur als Angriff auf den IStGH, sondern als *Angriff auf das Recht* schlechthin. Dem muss man mehr entgegensetzen als bloß verbalen Protest. Den Worten müssen Taten folgen. Ein EU-Rechtsakt in Form einer Blocking-Verordnung oder ein passgenaueres Instrument (gegebenenfalls orientiert an der VO gegen wirtschaftlichen Zwang) könnte eine solche Tat sein (dafür auch [Hovell](#) [mit weiteren Maßnahmen auch innerhalb der USA] und [Iverson](#)). Sie würde nicht nur gerichtshoffreundlichen EU-Akteuren helfen, ihre vertraglichen Beziehungen mit dem IStGH aufrechtzuerhalten, sondern über die EU und Europa hinaus ein starkes, nicht nur symbolisches Signal europäischer Entschlossenheit senden. Sie würde einen ersten Schritt auf dem Weg zur – auch in diesem Bereich überfälligen – Erlangung europäischer Souveränität darstellen. Zugleich sollte sich der IStGH – gleichsam präventiv mit Blick auf eine mögliche institutionelle Sanktionierung – von US-Unternehmen (z.B. von [Microsoft Office](#)) unabhängig machen.

Eine knappe Audiofassung dieses Beitrags ist hier verfügbar: DLF, [Politisches Feuilleton](#), 17.12.25.

¹⁶ S. zuletzt die Erklärung der IStGH-Vertragsstaatenversammlung [Assembly of States Parties, ASP] vom [3.12.2025](#), para. 3 und die Resolution „Strengthening the International Criminal Court“ vom [5.12.2025](#), S. 3 u. para. 2 f.; aus zivilgesellschaftlicher Sicht s. [hier](#). Krit. zum Schweigen Kanadas s. [Kersten](#).

¹⁷ S. zuletzt die Rede des Registrar Osvaldo Zavala Giler auf der letzten ASP [hier](#), S. 5 f.

¹⁸ Das verdient eine eigene Abhandlung, wobei es auch insoweit um die Erlangung finanzwirtschaftlicher und digitaler Souveränität geht, z.B. durch parallele Zahlungssysteme wie das brasilianische PIX System (als Alternative zu PayPal und ApplePay, s. [hier](#)).

¹⁹ S. auch die insoweit relevante [UN Konvention](#) zum Schutz von Diplomaten und anderer gleichgestellter Personen von 1973; dazu auch [Hovell](#).

Evandro Proença Sússekind

Bolsonaro's Quasi-Amnesty

Judicial Power, U.S. Influence, and the Limits of Brazilian Democracy

doi: 10.59704/a6101753fadeb1c9



After the Brazilian Supreme Court convicted Bolsonaro and other military figures for their role in the January 8, 2023, coup attempt, many saw this as a positive example for the world (*though some disagreed*). However, optimism was soon challenged as Congress began debating amnesty and reductions in penalties. Last week, Congress approved the so-called *Dosimetry Bill*, which does not grant amnesty but allows for a significant reduction in sentences for those convicted. The bill could now be vetoed by President Lula da Silva, prompting Congress to override the veto.

At the time of the conviction, there were grounds for optimism. Bolsonaro was condemned, and negotiations between President Lula's administration and Trump led to the suspension of key U.S. coercive measures against Brazil for prosecuting Bolsonaro, including *tariffs* and the *targeting of Brazilian Supreme Court justices through the Magnitsky Act*. Justice Moraes, the rapporteur and central figure in Bolsonaro's prosecution, hailed these developments as a "*triple victory*": for the judiciary, which "did not yield to threats"; for national sovereignty; and for democracy. In light of the *Dosimetry Bill*, however, such declarations of triumph warrant reconsideration.

The Supreme Court at (or beyond) the edge of politics

Concerning the judicial branch, few would deny the decisive role of the Brazilian Supreme Court, particularly Justice Moraes, in protecting Brazilian democracy. Yet Bolsonaro's conviction may mark the culmination of a Court that has expanded its powers to the limit over the last decades. Justices have increasingly served as political arbiters, exercising significant influence over policy through *individual powers* and *agenda-*

setting. This is especially true for its already extensive constitutional criminal jurisdiction over top politicians, *which has grown after major corruption scandals to expand the courts' domain over politics*, but at a cost.

First, the Court's influence over politicians' fates *has reshaped its internal dynamics and heightened sensitivity to broader political contexts*. It no longer merely debates and adjudicates constitutional disputes; it actively engages at every stage, shaping outcomes through hands-on involvement in the political landscape. The *Dosimetry Bill* illustrates this trend: Under the new rules, penalties for coup d'état and violent overthrow of democratic rule of law will no longer be cumulative; only the higher sentence, about 4 to 12 years for an attempted coup, will apply. The bill speeds up sentence progression, lowers the time before release, and allows work or study days to reduce sentences. Lawyers estimate Bolsonaro's time in a closed regime could be reduced to 2 years and 4 months, effectively nearly granting amnesty for his 27-year conviction. *Journalists report* that the Court agreed not to obstruct its passage, and *Senators indicate* that Justice Moraes participated in negotiations reducing the proposal from total amnesty to a shorter sentence. Far from showing deference to the Legislative Branch, this episode, if confirmed, demonstrates a dangerous blurring of the line between judicial adjudication and political governance.

Secondly, the Court's efforts to defend itself against Bolsonaro and his supporters have further expanded its powers. It is now perceived as capable of almost anything, often acting beyond explicit constitutional limits. The Fake News Inquiry illustrates this

expansion: The Court investigated coordinated disinformation campaigns targeting it without external provocation, ordering searches, blocking social media accounts, and authorizing independent investigations, all justified as necessary to protect institutional integrity and uphold democratic order. This assertiveness has, in turn, normalized legislative and social backlash against “judicial overreach,” with criticism of the Court’s power now part of mainstream debate. From constitutional theory’s perspective, even if judicial militancy against Bolsonaro is justified for a “good cause,” it raises important questions about the future use of these powers and who decides what constitutes a good cause.

Justice Mendes’s recent injunction altering the application of Brazil’s Impeachment Law to Supreme Court justices illustrates that the Court’s defensive expansion goes beyond responding to Bolsonaro’s attacks. Mendes temporarily suspended provisions governing the removal of Supreme Court Justices, restricted impeachment initiation, raised the Senate quorum, and barred impeachment based solely on the substantive merits of judicial decisions. He later partially withdrew the injunction, widely seen as a negotiated compromise with Congress, reinforcing perceptions of the Court’s increasingly strategic and political posture.

Finally, the Court’s sustained involvement in political crises has reshaped how the Executive perceives it: as an institution too consequential to be left unmonitored. This perception has influenced judicial appointments, favoring justices capable of acting politically as well as juridically. The preference is not merely for ideologically aligned or policy-oriented judges, but for institutional actors able to read political contexts, engage in strategic dialogue, and intervene decisively to preserve governability. As a result, once political engagement becomes a function of the Court’s composition, it will be increasingly complex for the Court to act differently in the future. Thus, Bolsonaro’s conviction, though legally necessary, may mark the point at which the Court ventured too far from the constitutional shoreline, without a clear or secure path back.

Foreign pressure as a de facto check on domestic politics

Regarding national sovereignty, although Trump suspended tariffs and the application of the Magnitsky Act, the underlying threats persist. U.S. officials explicitly linked the lifting of sanctions to progress on the “amnesty bill” (the Dosimetry Bill) for Bolsonaro and others convicted, framing these political efforts as evidence that Bolsonaro faced “lawfare.” Far from signaling an end to U.S. pressure, this situation reinforces its coercive mechanisms in a dormant but persistent form and sustains the Brazilian far-right’s narrative of persecution. Thus, it effectively integrates the U.S. into Brazil’s system of checks and balances.

For example, the “favors” extended by Trump through the removal of sanctions constrain Lula’s foreign-policy autonomy, weakening Brazil’s ability to assert regional influence and respond independently to international crises, including U.S. summary executions, oil piracy, and the potential invasion of Venezuelan territory. To avoid backlash from sectors affected by U.S. tariffs, President Lula and Congress may prevent public criticism of Washington’s apparent revival of the Monroe Doctrine (opposing European colonialism while laying the groundwork for a century of U.S. intervention in Latin America). Supreme Court justices could also consider potential exposure under the Magnitsky Act when ruling on issues such as the constitutionality of the Dosimetry Bill. Overall, rather than signaling a victory for national sovereignty, U.S. efforts to promote favored political factions in the region and to force others to adapt have subordinated domestic political processes, reflecting a contemporary form of imperial influence.

Elite ambiguous liberalism and the normalization of democratic rupture

Regarding Brazilian democracy, granting Bolsonaro a de facto amnesty exposes at least two enduring weaknesses in the country’s democratic framework. First, it reflects a persistent pattern in Brazilian political history in which conservative elites, often leveraging the military, intervene to block governments or candi-

dates pursuing undesired social agendas or to protect entrenched interests. This pattern exemplifies Brazilian “[ambiguous liberalism](#),” where the norms and principles of constitutional liberalism are upheld only so long as the core interests of elites remain unthreatened. Once those interests are challenged, disrupting democratic procedures and bending the fundamental principle of equality before the law becomes a viable strategy.

The Dosimetry Bill demonstrates how these disruption strategies are frequently combined with a pre-arranged exit plan: measures such as amnesty or sentence reduction guarantee a return to stability once the extra-constitutional effort collapses or, at the latest, during the bargaining processes of negotiated democratic transitions when authoritarian regimes fall. These measures are often justified as a means of [pacifying the country](#), but they ultimately perpetuate a recurring threat to the political system by lowering the costs of future disruption. The historical continuity is striking. During the military dictatorship ([and many times before](#)), elites both supported the 1964 coup and later endorsed amnesty for the regime’s crimes, embedding impunity within the constitutional order.

The [protests sparked by the bill’s approval](#), with slogans like “no amnesty” and “Congress, enemy of the people,” and [polls](#) show most oppose amnesty for Bolsonaro. These events reveal a growing disconnection between Congress and the public. Journalists suggest the proposal was a [bargaining chip for conservative forces to negotiate with Bolsonaro’s family](#), possibly to withdraw his son from the 2026 race, anticipated to be won by Lula, and unify right-wing support behind São Paulo’s governor, indicating the political elites’ questionable and continuous willingness to compromise Brazilian democracy for short-term objectives.

Military political interference and the entrenchment of impunity

Second, portraying the Armed Forces as law-abiding while reducing the coup attempt to the actions of “rotten apples” functioned as a strategy to shield the institution from responsibility for anti-democratic

conduct. Even if this narrative was [already fragile](#), it was decisively undermined by the military’s behavior during the Supreme Court proceedings against Bolsonaro and senior officers. Throughout the trials, high-ranking military officials [sought to influence outcomes by requesting meetings with Justice Moraes to secure reduced penalties](#). Notably, these efforts involved General Tomás Paiva, the Army commander appointed by President Lula and widely regarded as a legalist – even a commander installed immediately after the coup attempt sought to obtain better outcomes for officers who tried to undermine the constitutional order. This reveals an institutional pattern that cannot plausibly be reduced to the misconduct of isolated individuals.

This pattern has longstanding historical roots and was visible after the military dictatorship ended. During the 1987–1988 Constituent Assembly, amid a negotiated democratic transition supported by conservative allies, the military remained able to advocate for constitutional measures that defended their interests. These included the embedding of the 1979 Amnesty Law created by the army during the military regime into the 1988 Constitution, the exclusion of the non-prescription of torture, and avoiding the creation of a civilian minister of defense (which only happened in 1999). It also preserved a longstanding tradition, dating back to Brazil’s second Constitution of 1891, [of defining the military’s role in deliberately ambiguous terms](#). Such terms have historically allowed later reinterpretations by elites and the barracks, thereby enabling political interference. This indicates that while prosecuting the military is essential, [it is not sufficient if the country does not implement significant reforms in its civil-military relations](#).

Even if the military never entirely withdrew from politics after the end of the dictatorship (1964–1985), there was at least a relative hiatus in its direct intervention. That hiatus effectively ended when former President Dilma Rousseff (2011–2016) promoted investigations into human rights violations committed during the regime. From that point on, the armed forces gradually reasserted themselves politically, maintaining influence after Rousseff’s impeachment

and later becoming a pillar of Bolsonaro's government. Now, immediately following the events of January 8, 2023, they are already fully active, deploying strong corporate solidarity to shield members from accountability and protect institutional interests.

Conclusion

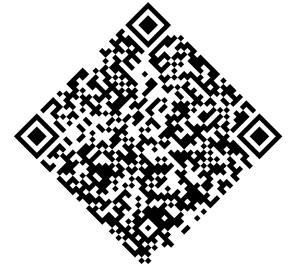
The Brazilian example shows that, contrary to Justice Moraes' optimistic view of the judiciary, national sovereignty, and democracy, the Dosimetry Bill offers little reason for celebration. The Supreme Court's growing political role carries risks and cannot last forever. Pressuring domestic issues to align with international pressures deepens U.S. influence in Brazilian politics. Furthermore, a long-standing pattern among political elites and the military of disrupting the constitutional order without facing consequences while securing legal or political escape routes remains entrenched, perpetuating a fragile constitutional order in which democratic disruptions are contained but not fully addressed. What Justice Moraes hailed as a triumph may instead reflect a precarious equilibrium: a fragile normalcy in which democracy is neither fully secured nor self-sustaining, and in which future crises are, to a large extent, contracted into the political system by the very actors entrusted with upholding it.

Anmol Jain, Shashank Maheshwari

A De Facto Union Veto

How the Indian Supreme Court Consolidated Federal Power Against the States

doi: 10.59704/a19b3330777589f3



On November 20, 2025, the Indian Supreme Court issued an [advisory opinion](#) on substantial questions concerning the nature and extent of gubernatorial power over state legislation. Although the Constitution clearly demarcates legislative powers between the Union and the states, state laws take effect only after receiving the Governor's assent, an office nominated by the Union government.

Given this design, conflicts between Governors and state governments are almost inevitable, especially when different parties control the Union and the states. A recurring flashpoint is the Governor's role once a bill is passed by the state legislature. [Articles 200](#) and [201](#) authorize the Governor to assent to a bill, withhold assent, or reserve it for the President. Yet these provisions leave three critical questions unresolved: (1) Can the Governor withhold assent indefinitely and effectively paralyse state lawmaking? (2) Is there a time limit within which action must be taken? (3) What remedies exist if the Governor does nothing within a reasonable period?

These issues had recently arisen in a case decided in May 2025. Disagreeing with that ruling, the Court in the November advisory opinion held that the Governor's powers under Articles 200 and 201 are discretionary and that courts cannot impose timelines for decision-making. In what follows, we analyse this advisory opinion and argue that it poses serious risks to India's federal structure by enabling a de facto Union veto over state legislation. We also highlight the possible political motivations underlying the opinion and the troubling use of the advisory jurisdiction to unsettle a precedent.

The Ambiguities in Articles 200 and 201 and the Court's May 2025 Decision

As noted above, Articles 200 and 201 contain significant textual gaps, largely premised on the expectation of virtuous constitutional conduct. Increasing partisan behaviour by Governors has, however, made judicial intervention necessary. The only interpretive guidance to answer the three questions lies in the proviso to Article 200, which states that the Governor may, "as soon as possible," return a non-money bill for reconsideration. The phrase is undefined, and the proviso addresses only the action of withholding assent. There is no indication of the time within which assent must be granted or whether the Governor may simply sit on a bill.

These ambiguities posed difficult questions to the successful operation of the much-celebrated idea of "cooperative federalism." Many instances were recorded where the Governors chose to sit on duly enacted bills, effectively preventing elected state governments from implementing their legislative programmes. Against this backdrop, the state of Tamil Nadu approached the Supreme Court for relief, and in [May 2025](#), a two-judge bench answered these questions in a manner strengthening federalism, accountability, and the superiority of elected governments over a nominated Governor.

The Court held that Governors cannot exercise a pocket veto when a bill is forwarded to them. They must either grant assent, reserve the bill for the President, or return it to the legislature with their comments. Once the legislature re-passes the bill, the

Governor is constitutionally bound to assent, offering a safeguard against repeated obstruction. Second, the Court held that all steps – assenting, withholding, reserving, and presidential consideration – must occur within one to three months, thereby objectively defining “as soon as possible” for the first time to ensure accountability and enforce “cooperation”. Lastly, it held that non-compliance with these timelines would invite judicial review and the issue of mandamus. The Court also affirmed its power to review the grounds on which a bill is withheld or reserved, though it limited this to the grounds of mala fide, arbitrariness, and reliance on extraneous circumstances. These are standards that the Court already uses for reviewing other executive actions of these Offices.

An appeal in disguise and a quiet overruling by the Court

The Union government, dissatisfied with the May ruling, returned to the Supreme Court, this time not through a review petition but through a presidential reference under [Article 143](#), which empowers the President to “consult” and “obtain the opinion of the Supreme Court” on certain questions of law under the Court’s advisory jurisdiction. Given the nature of this power, it is generally expected that the Court will not use it to revisit an established position of law, particularly when a decision was handed down merely a few months back.

Instead of advising on the law as settled in May, the Court effectively reviewed and contradicted its own decision. First, and most dangerously, it [opined](#) that the power of the Governors and the President in deciding upon a state law is discretionary, and thus, they are neither bound by the aid and advice of the state council of ministers nor are their actions justiciable in a court of law. Further, the Court emphasized that, unlike other provisions of the Constitution, there is no express time limit mentioned under Articles 200 and 201. In such a circumstance, it is not open to the

Court to impose any such limits on the two constitutional offices. Doing so would violate the idea of separation of powers.

The combination of these three factors: non-justiciability of the actions, the discretionary nature of the power, and the removal of judicially introduced time limits, has virtually amended the Indian Constitution by introducing a de facto “union veto” in the state lawmaking process. A Governor can now sit upon bills for an indefinite period, long enough to trample upon the legislative agenda of the elected government and hurt their future electoral prospects.

Moreover, in an absolutely political and unbecoming move, the Court explicitly hinted at how such a veto could be abused by the Governors, given the poor design of the Indian Constitution. As readers may recall, the Constitution mandates that the Governors give their assent to a Bill if it is returned to them after reconsideration by the legislature. However, no such direction is envisaged in case a Governor withholds the bill to refer it to the President, and therefore, they could perform this action of reserving the bill for the President any number of times. Having discussed this possibility, the Court stopped short of ruling such actions as unconstitutional, as if to indicate to the executive the *constitutionally permissible* ways for the further abuse of the gubernatorial powers.¹

It is only ironic that the Court has justified the introduction of the idea of a union veto for the reasons of ensuring a “dialogue” between the union and state governments. The Court takes recourse to the logic of ensuring a dialogic process at multiple points in the judgment. For instance, it notes (and we submit, this was done in a full understanding of the political realities, but with an attempt to forego them for academic and naïve verbosity):²

“Therefore, we are of the firm opinion that the reading of Article 200, which recognises both options – to grant assent, or reserve the Bill for the President – further strengthens, and increases the

¹ The Court noted, “Upon reservation under Article 200, the President is empowered to exercise his options under Article 201, and the proviso also provides for an option to return the Bill to the House with a message. What is important is that the words “shall not withhold therefrom” which is present in the first proviso to Article 200 is conspicuously absent from the proviso to Article 201. Since the Presidential reference has not sought our opinion as regards the options under Article 201, we say no further.”

potential for the dialogic and consultative process that our Constitution values at its core, rather than retracting from it.”

At this stage, it is important to note that while destabilising the existing position of law in such a manner, the Court consciously retained one important aspect from the May 2025 decision: the power of judicial review. The Court clarified that while it can prescribe no time limits within the Governors and the President must take their actions, it can still exercise the power to intervene in case these constitutional officers sit upon the bills for an unreasonable period of time. This is a classic move of the Supreme Court, a hallmark of its decision-making style for many years. This order has ensured that an executive-favouring decision is rendered while equally guarding the expanded judicial review powers of the Court. However, unlike under the May 2025 decision, such review powers will not trigger automatically upon the expiry of the set time limits, but they would be exercisable at the *discretion* of the Court when it (read as those individual judges would be hearing the matter) considers that an “unreasonable” time has passed since the Governors or the President were required to make a decision. One must write only so much on the possibility of political influence and corruption in this setting.

The show of selective urgency by the Court

This advisory opinion is also important from another perspective. Under Article 143 of the Constitution, the Court is not obliged to issue an advisory opinion when approached by the President. It is a discretionary power of the Court, and challenges were raised against the Court’s indulgence in this matter in the first place, particularly when its earlier decision of May 2025 had sufficiently answered all the questions referred for the Court’s opinion. Sidelining those objections, the Court noted,

“The questions referred by the Hon’ble President pertain to the very core, and foundational modalities of our constitutional machinery, that ensures the continuation of our republican democracy, and governance by elected representatives. That they are constitutionally significant, cannot by any measure, be overstated. This Court is empowered, and entrusted under Article 143, with the duty to answer such questions in service of the Constitution, and the people that have so adopted it. Judicial propriety, and institutional integrity requires that this Court answer the questions referred to it in the present proceedings.”

One cannot help but be appreciative of this position taken by the Court. At the same time, one cannot help but wonder why the same Court chooses to sit indefinitely on many other pending matters of equal and, perhaps even more, significance than this case. We particularly refer to the pending case about the law that has established an executive-favouring process for selecting the election commissioners in India. [This law](#) was introduced only to overrule an earlier decision of the Supreme Court that attempted to make the selection process slightly fairer, and has posed great dents to the confidence that the public holds in the integrity and independence of the Election Commission of India. The sheer urgency shown in overruling the May 2025 decision within a few months is evidence enough of the executive tilt of the current Supreme Court.

Concluding remarks

This episode has exposed a deeper concern of judicial indiscipline in India, where the Court stretches or blurs the boundaries of its own constitutional limitations. Article 143 is crafted as a purely consultative power, not an avenue to revisit or revise binding precedent. Yet, by selectively relying on a few portions of the precedents while ignoring the clear caveats in those judgments, the Court has disrupted the struc-

² There are multiple instances like this. For example, the Court notes in a different part of the judgment that, “A dialogic process, which has the potential to understand and reflect on conflicting or opposing perspectives, to reconcile and to move forward in a constructive manner, is an equally potent check-and-balance system that the Constitution has prescribed. Once this perspective is grasped, the persons who occupy various constitutional offices or institutions will also do well to ingrain in themselves that dialogue, reconciliation, and balance, and not obstructionism is the essence of constitutionalism that we practice in this Republic.”

tural separation between advisory and adjudicatory roles. This creates the impression of doctrinal coherence while, in fact, unsettling long-standing principles about the hierarchy of precedent and the finality of adjudicated disputes.

At the same time, the Court's advisory opinion demonstrates how it can avoid overruling a prior decision while still diminishing its precedential force. Legally, the Court cannot overturn the May 2025 judgment through an advisory opinion unless in a review or a curative petition, which can be admitted only after meeting high standards. Yet by declaring portions of the May 2025 judgment as "erroneous," recharacterizing a few of its conclusions as *obiter*, and reopening the underlying questions of law, the Court has effectively hollowed out the operative reasoning of that decision. The relief granted there nominally survives, but its doctrinal foundation does not. As a result, future benches may freely disregard the earlier judgment, marking a subtle but consequential weakening of its precedential value.

This advisory opinion, despite being a mere opinion and concerning two generally undiscussed provisions of the Constitution, has lots to say about the state of the Indian democracy and its institutions.

Shao-Kai Yang

Taiwan's Constitutional Grey Hole

The Constitutional Court in Paralysis

doi: 10.59704/4ecf26be8dafa141



Since late 2024, the Taiwan Constitutional Court (TCC) has been unable to issue merits-based decisions. The Court is neither resolving separation-of-powers disputes between the executive and legislature nor providing fundamental rights protection for individuals. This [institutional deadlock](#) constitutes a constitutional “grey hole”, where only the form of the legal order exists, without any substantive protections. All proposed solutions carry limitations, and some may even exacerbate rather than alleviate the problem due to the illusion of legitimacy they create.

Background

To understand the nature of this constitutional “grey hole”, it is essential to explore its origins. It traces back to Taiwan’s 2024 [national elections](#), which created a divided government. While the Democratic Progressive Party (DPP) secured a third consecutive presidency, it lost Legislative Yuan majority to a Kuomintang (KMT) and Taiwan People’s Party (TPP) coalition. This divided government generated institutional conflicts and thrust the Taiwan Constitutional Court (TCC) into the center of [political conflicts](#), ultimately challenging its capacity to operate effectively.

On December 20, 2024, notwithstanding substantial [public opposition](#), the KMT-TPP coalition passed a [controversial](#) amendment to the Constitutional Court Procedure Act (CCPA). The amendment imposed three interrelated constraints: a ten-justice quorum for constitutional adjudication irrespective of the number of judges actually sitting at the Court; a supermajority requirement of nine votes to invalidate legislation; and immediate implementation upon promulgation, bypassing the customary three-day grace period.

A Constitutional Court of dismissals

These newly enacted procedural constraints, combined with the expiration of seven justices’ terms at the end of October 2024, made filling the Court’s vacancies critical. However, the Legislative Yuan successively rejected all seven of President Lai Ching-te’s nominees in [December 2024](#) and again in [July 2025](#), leaving the Court with only eight justices. Unable to meet the new ten-justice quorum, the TCC became functionally paralyzed, unable to hold oral arguments, issue injunctions, or render decisions. To date, it has issued no merits-based ruling for over a year.

Worse still, the pattern of rejected nominations will likely continue, [considering](#) the still-escalating confrontation between the executive and legislative branches.

Superficially, the Constitutional Court continues to operate. The amended CCPA provides that when the Court cannot meet the quorum, it may dismiss cases by majority vote of sitting justices. Yet this procedural provision merely formalizes dysfunction: the Court has become, in effect, a Court of dismissals rather than a court of constitutional adjudication, unable to discharge its fundamental responsibilities.

Defining the grey hole of law

This situation – legal form without substantive protections – constitutes what David Dyzenhaus terms a “[grey hole of law](#).” In his seminal work “The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency”, Dyzenhaus distinguishes two modes through which states create exceptional conditions: black holes and grey holes. The former describes situations where law

ceases to exist entirely; the latter denotes contexts where the façade or form of the rule of law persists without any substantive protections (p. 3). To clarify this distinction, Dyzenhaus contrasts total cessation with half-hearted cooperation. Total cessation involves the explicit suspension of law or exclusion of judicial review, producing lawless spaces. Half-hearted cooperation, conversely, maintains deceptive legal forms – weak tribunals that serve merely as rubber stamps – creating an illusion of legal oversight without genuine constraint (p. 3).

What distinguishes Taiwan's grey hole is that it weaponizes procedure against substance: the very rules designed to protect constitutional integrity now prevent its restoration. Unlike Dyzenhaus's grey-hole cases, where the legal order becomes a rubber stamp for other branches and ceases to exercise genuine decision-making, here the constitutional order cannibalizes itself through its own procedural requirements.

This self-defeating architecture has already produced adverse consequences for rights protection. Consider, for instance, how a High Court judge challenged the constitutionality of flag insult provisions as violations of free expression in 2017. The case resumed this year, culminating in a [guilty verdict](#) rendered in late October. Proceedings continued without awaiting constitutional judgment, illustrating how citizens' legal avenues to protect their fundamental rights have become merely formal rather than substantive.

Taiwan's grey hole also illustrates why grey holes may be more harmful than black holes: The lawlessness characteristic of a black hole leaves the governments no choice but to recognize that they are acting outside the legal order. Instead, a grey hole creates the illusion of legality: governments operating within such a space can falsely claim that they are acting in accordance with the legal order.

In Taiwan's case, this illusion of legitimacy exacerbates separation-of-powers conflicts within an already divided government.

On one hand, the KMT-TPP coalition in the Legislative Yuan accuses the Executive Yuan of refusing to [implement enacted legislation](#). Conversely, the Executive Yuan contends that some Legislative

Yuan bills are [unconstitutional](#) and intends to file petitions. While government branches retain the formal ability to initiate constitutional challenges based on the separation of powers, all parties recognize that the Constitutional Court currently lacks the capacity to render decisions.

Worse still, this illusion of legitimacy can turn some proposed solutions into potential extensions of the problem.

Judicial responses

If the pattern of rejected nominations continues, one potential resolution would be judicial self-protection: the Court striking down the CCPA itself. This approach might align with Dyzenhaus's prescription that judges should try their hardest "to turn grey holes into situations which are properly governed by the rule of law" (p. 3). However, Taiwan's case presents unique complexities: should the Court – operating with only eight justices – challenge the legislatively imposed ten-justice quorum requirement?

Some [argue](#) that the Court may invalidate statutory amendments when necessary to safeguard its proper functioning and to discharge its constitutionally mandated powers. Indeed, some Constitutional Court justices have [opined](#) that the Constitutional Court is not bound by procedural legislation that blocks its constitutional functions and may supplement inadequate provisions to preserve constitutional supremacy.

However, a [statement](#) from three other Constitutional Court justices demonstrates that this position remains highly contested. While they also acknowledge constitutional supremacy, they contend that respecting, rather than invalidating, the CCPA constitutes proper constitutional guardianship. They maintain that justices must observe the legally enacted CCPA and should not unconstitutionally expand their powers. In practice, this disagreement means the Court cannot even reach the pre-amendment threshold of six votes needed to initiate deliberations on the CCPA's constitutionality (under the previous CCPA, two-thirds of sitting justices were required to convene, resulting in the six-justice threshold from eight justices).

The Court's internal divisions also reveal the paradox inherent in resolving grey holes: while judicial intervention appears necessary to remedy the legislative-created grey hole, such action would simultaneously reinforce this grey hole by disregarding democratic will, potentially intensifying future political conflicts.

Another judicial pathway involves decentralized constitutional review conducted by ordinary courts, with [some proposing](#) legislative reforms to authorize all courts to disregard unconstitutional laws. While this could mitigate the grey hole's harm by empowering courts to protect fundamental rights, it requires legislative reform that conflicts with the current legal order, as the flag insult case demonstrates. Moreover, this approach would only partially address the grey hole, as it only protects fundamental rights in individual cases but leaves inter-branch disputes over governmental powers – that do not directly implicate citizens' fundamental rights – unresolved. Ultimately, these disputes still require the Constitutional Court's involvement, as the Court remains an integral component of the current constitutional order.

Executive pathway

Another potential solution could come from the executive branch.

After the Legislative Yuan passed the CCPA, [some](#) argued that the President, as directly elected by the people with constitutional guardianship responsibilities, could refuse to promulgate the CCPA based on the duty to defend the Constitution. Under Article 72 of [Taiwan's Constitution](#), the President shall promulgate statutory bills within ten days of receiving them from the Legislative Yuan. Moreover, after several justices recently opposed judicial intervention, some (see [here](#) and [here](#)) advocate that the President refuse to promulgate unconstitutional laws while the President of the Executive Yuan withhold the constitutionally required countersignature ([Article 37](#)), effectively blocking such legislation from taking effect.

Yet these solutions risk expanding rather than resolving the grey hole. As Dyzenhaus argues, even in states of exception within the legal order, the execu-

tive must avoid resorting to extra-legal powers and resist the temptation to expand the legal grey holes (p. 4). In Taiwan's case, while [debate](#) persists over whether promulgation and countersignature constitute mandatory executive duties, it seems incompatible with the regular legal order for the executive to declare laws unconstitutional without judicial review. Even in the present grey hole, allowing executive refusal amid the Court's dysfunction risks expanding the perilous grey hole that grants the executive discretionary power over legislative compliance. Consequently, if each branch bears responsibility for narrowing grey holes, executive intervention seems particularly hazardous.

The democratic solution

Finally, the next election offers a potential path to resolve the grey hole. Any electoral outcome reflecting current public sentiment could shift the balance of power and facilitate the process of presidential nomination and legislative confirmation of justices. Indeed, electoral change appears to be the approach least likely to expand the grey hole while potentially filling it: if electoral outcomes enable sufficient judicial appointments to meet the quorum threshold (whether under old or new rules), the Court could then adjudicate the CCPA's constitutionality.

However, relying on future electoral results offers no guarantee. Not all electoral outcomes would directly address the grey hole – resolution requires specific scenarios: either the end of divided government, or under divided government, the party with nomination power forming a coalition with minor parties to secure a legislative majority, or competing branches reaching a compromise driven by public pressure. Such uncertainties render future outcomes increasingly difficult to predict. And meanwhile, the constitutional order must bear the ongoing cost of paralysis.

To be sure: not all attempts to resolve the grey hole are implausible. Yet every solution carries inherent costs and risks due to the grey hole's paradoxical structure, which weaponizes legal form against legal substance.

Safia Southey

When Universities Govern

Why the UN Columbia Letter Reframes Campus Power

doi: 10.59704/93beff7f75650055



When UN Special Rapporteurs send an allegation letter to a university, international law is doing something unusual. On 14 October 2025, five mandate-holders addressed such a letter to Columbia University, raising concerns about protest policing, disciplinary sanctions, surveillance, and the treatment of non-citizen students and scholars in connection with Gaza-related expression and assembly (Ref. [AL OTH 125/2025](#)). The letter does not resolve disputed facts. Its importance lies elsewhere: it reflects a shift in how international human rights law responds to the privatisation of coercive governance. Rather than forcing universities into the straitjacket of state-action doctrine, it treats them as actors exercising delegated public power.

This move matters beyond Columbia. Across jurisdictions, universities increasingly regulate political contestation through security measures, disciplinary systems, and information-sharing with state authorities. These practices shape access to liberty, education, and even territorial presence. The Columbia letter shows how UN Special Procedures are beginning to address a long-standing accountability gap in international law: harm produced by institutions that are formally private, but functionally governmental.

Universities and the accountability gap

International human rights law remains structurally state-centric. Obligations attach to states; violations trigger state responsibility. This framework struggles when coercive power migrates outside the state, into spaces governed by private institutions that nevertheless perform public functions. Universities now sit squarely in this gap.

They control access to education, regulate speech and assembly, deploy security forces, and increasingly coordinate with police and immigration authorities. These are not merely managerial decisions. They condition the practical enjoyment of fundamental rights. International soft law is not completely silent; for example. UNESCO's [1997 Recommendation on Higher-Education Teaching Personnel](#) and the CESCR's [General Comment No. 13](#) both link academic freedom to institutional autonomy and public accountability. Yet these frameworks treat universities primarily as beneficiaries of protection, rather than as autonomous regulators whose security, disciplinary, and information-sharing powers shape rights in practice. At the same time, universities rarely fit comfortably within existing doctrines of attribution or positive obligations. The result is a regulatory blind spot: power without clear accountability.

The Columbia letter responds to this problem pragmatically. It does not attempt to transform universities into state organs, nor does it rely on a contested theory of [indirect state responsibility](#). Instead, it treats the university as a governance node – i.e., an institution whose choices structure rights outcomes and therefore warrant direct human rights scrutiny.

What Special Procedures are doing differently

The letter was issued by five Special Rapporteurs acting under the UN Human Rights Council's system of Special Procedures. These mandate-holders are independent experts appointed by the [Council](#). Their [communications procedure](#) (urgent appeals and allegation letters) is formally non-binding and non-adjudicatory, but it is grounded in the institutional frame-

work of the Human Rights Council, in particular General Assembly Resolution 60/251 establishing the Council and Human Rights Council Resolution 5/1, which sets out the mandate and working methods of the Special Procedures. This non-binding character does not make it legally insignificant.

Rather, communications operate as an accountability workaround. They allow international law to follow power rather than form. Instead of asking whether conduct can be attributed to the state, mandate-holders ask whether an actor exercises decisive influence over rights-relevant spaces. If it does, it becomes a legitimate addressee.

This explains why Special Procedures increasingly address companies, universities, and other non-state institutions such as technology platforms, private security providers, and international sporting bodies, where these actors exercise regulatory or disciplinary power affecting the enjoyment of fundamental rights. The Columbia letter fits squarely within this trend. It reflects an understanding that governance today often takes place through delegated authority and public-private cooperation, especially in domains such as security and migration control. In this sense, the letter does not expand international law's formal reach but merely recalibrates its gaze.

From campus discipline to coercive governance

Universities have always disciplined students, but what distinguishes the present moment is how discipline operates. On many campuses, responses to protest now involve securitised measures, collaboration with law enforcement, and sanctions with cascading legal effects.

The Columbia letter alleges coordinated use of campus security, prolonged containment of protesters, arrests by city police, and severe disciplinary sanctions including long-term suspensions, expulsions, and degree revocations (p. 5). It further situates these actions within broader structural changes to disciplinary governance, including the centralisation of authority and the dismantling of participatory adjudicatory bodies (p. 6).

For international law, the precise facts matter less than the form of power exercised. When a university deploys security forces with arrest authority, controls access to education through punitive sanctions, and operates in close coordination with police, it no longer functions as a purely private association. It governs.

This is why Special Procedures treat such conduct as potentially engaging international human rights norms, as the modalities these universities are using begin to resemble public coercion without public-law constraints.

Rights engaged by delegated governance

Three clusters of rights become salient when universities exercise delegated coercive power.

First, *freedom of expression, peaceful assembly, and association*, protected under the International Covenant on Civil and Political Rights. The Human Rights Committee has made clear that restrictions on peaceful assemblies must be lawful, necessary, and proportionate, and that the possibility of hostile reactions does not justify blanket suppression (General Comment No. 37). When universities suppress protest through force or impose viewpoint-selective discipline, they risk replicating precisely the harms these standards seek to prevent.

Second, *liberty and due process*. Article 9 of the ICCPR prohibits arbitrary arrest and detention, including detention imposed as punishment for the exercise of protected rights (General Comment No. 35). Where university actions foreseeably lead to detention through police referral, procedural design, or cooperation with enforcement authorities, the boundary between private discipline and public deprivation of liberty collapses.

Third, *privacy, education, and non-discrimination*. Surveillance of student activity, information-sharing with authorities, and opaque disciplinary processes can interfere with privacy and educational access. At the same time, universities bear obligations to protect students from discrimination and harassment, including antisemitism, Islamophobia, and anti-Palestinian racism. International law demands measures that are

evidence-based, proportionate, and applied without discrimination.

The Columbia letter explicitly embraces this duality. It condemns antisemitism while warning against the use of overly broad definitions to suppress peaceful protest and legitimate political expression (p. 13).

Migration as the enforcement backend

The most consequential aspect of the Columbia letter concerns [non-citizen students and scholars](#). For this group, university discipline can become existential. Suspension may jeopardise visa compliance. Criminal citations can trigger immigration scrutiny. Information-sharing can initiate detention or removal proceedings.

The letter alleges prolonged detention, transfers between facilities, and deportation proceedings initiated under rarely used foreign policy grounds (p. 10). Whether or not these allegations are ultimately substantiated, they illustrate a structural reality: migration law increasingly functions as the enforcement backend of campus discipline.

Once this occurs, the fiction of the university as a private actor becomes untenable. The institution participates in allocating liberty and territorial belonging, which are core sovereign functions. This explains why the letter invokes not only mandates on expression and education, but also the mandate on the human rights of migrants.

It also explains the reference to the [UN Guiding Principles on Business and Human Rights](#). While universities are not corporations, the principles address the same problem: how to regulate private actors whose decisions produce public-law harms. The common thread here is functional power, not institutional form.

What this means for international law

The Columbia letter signals a broader recalibration in human rights accountability. Rather than attempting to shoehorn complex governance arrangements into traditional state responsibility frameworks, Special Procedures increasingly engage directly with institutions that exercise decisive influence over rights.

This approach doesn't resolve doctrinal debates about attribution or obligation. It sidesteps them. It relies instead on publicity, dialogue, and normative pressure to discipline the exercise of power. In doing so, it acknowledges the simple fact that contemporary governance often operates through actors that international law was not originally designed to regulate.

Universities may be an early test case, but they are unlikely to be the last.

The deeper question raised by the Columbia letter is whether international human rights law is quietly retooling its accountability architecture to match the realities of privatised coercive governance. If so, the significance of this intervention extends far beyond the campus.

Alan Bogg, Cynthia Estlund

Democracy and Work

doi: 10.59704/0ad10720a12600bf



Can a society call itself democratic if its citizens spend much of their waking life subject to the dictatorial control of bosses? Today the question may provoke puzzlement: Why not, as long as the electoral system is in ship shape? But for much of the twentieth century, a critical mass of citizens on both sides of the Atlantic would have answered “no.”

Twentieth-century democratic thinkers were intensely focused on the causes of totalitarianism. Some worried that workplace dictatorships cultivated undemocratic habits and attitudes that would spill into the polity and soften the ground for authoritarian political movements. Others worried that workers’ frustration with dictatorial bosses fostered radical support for socialist or communist alternatives to both capitalism and liberal democracy.

The versions of “industrial democracy” and “industrial citizenship” that took hold in North America and Europe helped to shore up both capitalism and political democracy. Workers won the right to form independent trade unions, to bargain collectively with employers, and to exercise economic leverage through strikes. In some European countries, this was supplemented by enterprise-based works councils and code-termination on company boards.

To be sure, workplaces thus democratized were nothing like the Greek *polis*. Managers got on with managing, and workers got on with their jobs. But industrial democracy, as embodied in collective bargaining, was the foundation of an implicit social contract for labor. In exchange for a measure of subordination at work and de-escalation of industrial conflict, workers gained economic security, a fairer distribution of resources and power, and a kind of civic respect in the polity. Workers backed by trade unions – in the vivid formulation of [republican theorist Philip](#)

[Pettit](#) – could stand tall and look their bosses in the eye without scraping or fawning.

After a good run of several decades, however, those industrial relations structures began to lose their grip in the 1970s. Today just 6 percent of U.S. private-sector workers and 12 percent of UK workers are union members.

Union decline in some ways mirrors the broader decline of “intermediary” institutions of civil society, including political parties and civic and fraternal associations. But union decline has its own causes and consequences. It has contributed to growing economic inequality, and perhaps to the rise of ethno-nationalist politics among working-class voters, both of which [threaten the sustainability of capitalism and democracy](#). As for causes, union decline is bound up with a shift of the workforce from foundries and factories to offices and services, and from vertically integrated firms [to fissured supply chains](#).

Today many workers have neither a boss nor a workplace in their conventional guises. Some workers are hired, fired, and [managed by algorithm](#), and perform “gigs” dealt out through digital platforms. Others work remotely, without the face-to-face [cooperation and sociability that shared work often entails](#). These trends advance the atomization and disintegration of social life, and pose steep challenges to existing models of union organizing.

Workers still want and need a stronger voice in their working lives. But they will not get that by simply refurbishing the labor institutions fashioned in the 1930s. They need a mix of solutions, including sectoral collective bargaining, worker centers, enterprise-based representation structures, and tripartite labor standards boards. Democratic processes will yield different answers in different jurisdictions, sectors, and occupa-

tions, and that will require political creativity and coalition-building (as well as some devolution of labor lawmaking authority to subnational units of government).

For decent and workable solutions to emerge, however, workers must be armed with some basic legal entitlements to expression and association free from governmental and employer interference. Workers should have [rights to contest employer power](#) and stand up for their interests both in the polity and at work, and both individually and collectively, whether informally, through traditional unions, or otherwise.

Those contestation rights cannot be absolute or unbounded, of course. But neither should they be confined to polite disagreement. Workers' right to contest employer power, including through disruptive means like strikes, is among the basic elements of the old model of industrial democracy that should be vigorously defended, even as many institutional particulars of the model lose traction.

Devising a decent, democratic, and sustainable [variety of capitalism](#) will require reinventing "industrial democracy" and "industrial citizenship" for a post-industrial era. Much like the twentieth-century invention of those concepts and institutions, their reinvention will have to come from workers and their own associations. A just and stable democratic society requires equitable mechanisms for workers to pursue their collective interests at work. Lacking those mechanisms, workers may come together around causes and leaders far less supportive of democratic values than unions have been.

This post is cross-posted as part of our cooperation with the NYU Law Democracy Project. The "100 Ideas in 100 Days" essay series by the NYU Law Democracy Project brings together experts from across the ideological spectrum to explore the challenges facing democracies in the United States and around the world. Read more about the Democracy Project and the "100 Ideas in 100 Days" series [here](#). The authors are working on a book applying neo-republican theory, and freedom as non-domination, to the law of work.



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://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://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://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](#).

