12/2023
Dezember

;

Verfassungsblatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20240120-151937-0
Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf Verfassungsblog.de
Published by Verfassungsbooks, contents first published on Verfassungsblog.de

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

© 2023 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

IHRA Antisemitismus Definition IHRA Definition of Antisemitism

Clara Neumann
Das Spannungsverhältnis zwischen Staatsräson und Grundrechten: Auf dem Weg zu einer präziseren Antisemitismusdefinition 1863

Louise Majetschak, Liza Cemel
IHRA-Definition als „Diskursverengung"?: Replik auf „Clara Neumann" 1869

Kai Ambos, Cengiz Barskanmaz, Maxim Bönnemann, Andreas Fischer-Lescano, Matthias Goldmann, Anna Katharina Mangold, Nora Markard, Ralf Michaels, Jerzy Montag, Maximilian Steinbeis, Tarik Tabbara, Tim Wihl, Lothar Zechlin
Die Implementation der IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus ins deutsche Recht – eine rechtliche Beurteilung 1872

Klimawandel Climate Change

Tessa Hillermann, Charlotte Jawurek, Friederike Pfeifer, Luisa Schneider, Julian Senders
Gesucht: Straßenverkehrsrecht für die Zukunft 1880

Patrick Hilbert
Eine gesetzliche Pflicht zur Klimaanpassung: Das Bundes-Klimaanpassungsgesetz 1884

Sozialstaat Welfare State

Lisa Riedner
Sicherung, Aktivierung, Verbannung: Ein Versuch, aktuelle Reformen der Sozial-, Migrations- und Familienpolitik zusammenzudenken 1889

Shari Gaffron, Julian Seidl
Zum Studieren genug, zum Leben zu wenig: Zur überfälligen Strukturreform der Ausbildungsförderung 1894

Versammlungsrecht Freedom of Assembly

Jannis Krüßmann
Wie lange dauert eine Autobahndemo?: Behördliche Gefahrenprognosen zur Dauer von Versammlungen auf Autobahnen auf dem Prüfstand 1898

Simon Pschorr
Die Staatsanwaltschaft in der Versammlung 1901

Wahlrecht & -umfragen Electoral Law & Polls

Yannik Breuer, Jannik Klein
Zwischen Komplexität und Klarheit: Komplexes Wahlrecht scheitert nicht am Gebot der Normenklarheit 1905

Matthias Rossi
Abgehakt: Das Wahlrechts-Reförmchen von 2020 passiert das Bundesverfassungsgericht 1909

Werner Krause, Christina Gahn
Die Macht der Sonntagsfrage: Sollten wir über ihre Regulierung nachdenken? 1913

Länderebene Federal State Level

Hermann Heußner
Prämie auf die Macht: Warum die Berliner CDU die Finger vom Instrument der Volksbefragung lassen sollte 1917

Michael Goldhammer
Neue Realitäten im Landtag: Das Demokratiepaket in Hessen 1920

Christina Jacobs, Maike Middeler
Jede hat ihr Kreuz zu tragen: Zum bayerischen Kreuzerlass-Urteil des BVerwG vom 19.12.2023 - 10 C 5.22 1923

Thüringen-Projekt Thuringia Project

Robert Böttner
Im staatsorganisationsrechtlichen Reallabor: Was passiert nach einer gescheiterten Vertrauensfrage in Thüringen? 1926

Sebastian Dette
Fleet In Being: Kann Bodo Ramelow durch die Vertrauensfrage die Verabschiedung des Haushalts 2024 forcieren? 1929

Jonas Deyda
Weaponized Neutrality: Wie der Sächsische Rechnungshof versucht, die Zivilgesellschaft an die Kandare zu nehmen 1933

Andreas Nitschke
Thüringer Tendenzen nach der Causa Sesselmann: Zur Prüfung der Gewähr, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten 1937

Katharina Leusch
Ein AfD-Parteisender durch die Hintertür: Missbrauchsanfällige Bürgermedien 1941

Verschiedenes Miscellaneous

Tobias Vogt, Carl Cevin-Key Coste
Rechtsreferendare dürfen streiken: Zum Arbeitskampf im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis 1944

Simon Wannagat
Viel Geld für wenig Transparenz: Die geplanten Regelungen zum Parteiensponsoring 1948

Benjamin Poliak
Wie viel Unwahrheit verträgt die Kunst?: Zur neusten Aktion des Zentrums für Politische Schönheit 1952

Fabian Peltzer
Kreative Sondervermögensgestaltung: Die Kritik des Bundesrechnungshofs an der Zweckerweiterung des Sondervermögens Bundeswehr 1955

Philipp Austermann
Im Parlamentsrevier: Hat die Bundestagspolizei eine gesetzliche Grundlage – oder muss die erst noch geschaffen werden? 1959

Europa Europe

Belgien Belgium

Alice Briegleb, Antoine De Spiegeleir
From Urgenda to Klimaatzaak: A New Chapter in Climate Litigation 1962

Matthias Petel, Norman Vander Putten
The Belgian Climate Case: Navigating the Tensions Between Climate Justice and Separation of Powers 1965

EGMR ECtHR

Karolina Kocemba
Not Just Abortion: Converging Human Rights and the Rule of Law in the European Court of Human Rights 1968

Justine Batura
A European Dialogue on Strike Action: The Strike Ban for German Civil Servants between Karlsruhe and Strasbourg 1971

Sarah Ganty, Dimitry Vladimirovich Kochenov, Ignatius Yordan Nugraha
Constitutional Identity vs. Human Rights: The ECtHR's Bizarre Turn in Three Latvian Cases 1974

Daniel Holder, Andrew Forde
Avoiding the Legacy of Impunity: Ireland lodges a new Inter-State case against the UK at the ECtHR over amnesty legislation ending investigations into the Northern Ireland conflict 1977

EU Paket zur Verteidigung der Demokratie Defence of Democracy EU Package

Emilia Korkea-aho
"This Is Not a Foreign Agents Law": The Commission's New Directive on Transparency of Third Country Lobbying 1981

Franca Maria Feisel
One Step Forward, Two Steps Back: The EU's "Defence of Democracy" Package 1984

Gesetz über KI AI Act

Maximilian Wagner
Daten und Werte: Ethics-Washing und die Regulierung Künstlicher Intelligenz 1987

Jascha Bareis
BigTech's Efforts to Derail the AI Act 1990

Philipp Hacker
What's Missing from the EU AI Act: Addressing the Four Key Challenges of Large Language Models 1993

Hannah Ruschemeier, Rainer Mühlhoff
Daten, Werte und der AI Act: Warum wir mehr Ethik für bessere KI-Regulierung brauchen 1996

Tekla Emborg
The EU's Pacing Problem: Why crafting and enforcing AI regulation is hard 2000

Migration Migration

Ana Srovin Coralli, Irene Manganini, Fekade Abebe
A Duty to Rescue: Migrant Deaths at Sea and the Criminal Law 2003

Karolina Michková, Natálie Dřínovská
Between Return and Protection: The ECJ Mixes Up Czechia's Return Procedure 2006

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

Peter Hilpold
Der Fall Christian Pilnacek – Eine Herausforderung auch für die europäische Rechtsstaatlichkeit 2009

Peter Hilpold
The Pilnacek case – A challenge also for the European rule of law 2014

Marek Safjan
We Are Not Helpless: How Poland can restore the Rule of Law by referring to its constitutional foundations 2019

Andrzej Schultz, Kinga Schultz
Why Poland Should Join the European Public Prosecutor 2021

Dániel G. Szabó
Protecting the Fairness of European Parliament Elections via Preliminary Ruling 2024

Benedetta Lobina
Beating a Dead Horse: Is There Any Value in the Council's Annual Rule of Law Dialogue? 2027

Erika Farkas, András Kádár
Trick and Treat?: Hungary's Game of Non-Compliance 2030

Ágnes Kovács
Taking Revenge for Dissent: Hungary's Chief Justice to Fully Eliminate Judicial Autonomy 2033

Laurent Pech
The Future of the Rule of Law in the EU 2036

Benedetta Lobina
Same Old, Same Old: Nothing New for the Council's Annual Rule of Law Dialogue 2040

Renáta Uitz
Orbán's Veto Play – The Subsidiarity Card 2043

Tommaso Pavone
The EU's Faustian Bargain: The EU Betrays Ukraine and the Rule of Law – and We Will Live to Regret It 2046

Dora Hegedus
Same, Same but Different?: The Pitfalls in Unfreezing EU Funds 2048

András Sajó
Militant Rule of Law 2051

Verschiedenes Miscellaneous

Pekka Pohjankoski
A Borderline Case: When National Security and the Right to Asylum Conflict 2054

Germán M. Teruel Lozano
Rule of Law Eroded: Unpacking the Catalan Amnesty Law 2057

Nathan Genicot
To Score Is to Decide: About the SCHUFA case 2060

Eleanor Spaventa
Escaping Jurisdictional Blackholes: Why National Courts Should Step Up in the Area of EU Common Foreign and Security Policy and Actively Protect Fundamental Rights 2063

Rachael Walsh
Testing the Limits of Deliberative Constitutionalism: Constitutional Environmental Rights in Ireland 2067

International International

Amerika Americas

Mateusz Grochowski
The Sound of RBG 2070

Rodrigo Kaufmann
Third Time's A Charm?: Chile's Second Constituent Process 2073

Manuel Brunner
Der lange Schatten der Autokratie: Zur Haftentlassung des ehemaligen peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori 2076

Israel & Palästina Israel & Palestine

Stefan Oeter
Perils and Pitfalls of Israel's New "War on Terror" 2080

Lea Köhne
(State) Immunity for Palestine? 2083

Eric Rücker
Can Germany Remain Silent?: On the Legality of Statements on Israeli Warfare in Gaza 2086

Völkerrecht Public International Law

Christian Tietje, Daniel Ulber
Das völkerrechtliche Streikrecht vor dem IGH 2089

Jochen von Bernstorff
Warum wir einen Verbotsvertrag für fossile Brennstoffe brauchen 2093

Verschiedenes Miscellaneous

Joe McIntyre
The Long Overdue Fall of *Al-Kateb*: NZYQ and the end of Australia's indefinite detention regime 2096

Gerrit Kurtz,
Everybody's Business: The War in Sudan as a Threat to International Peace and Security 2100

Sanjit Dias
Sri Lanka's Economic Crisis Before the Supreme Court 2103

Clara Neumann

Das Spannungsverhältnis zwischen Staatsräson und Grundrechten

Auf dem Weg zu einer präziseren Antisemitismusdefinition

doi: 10.17176/20231208-171300-0

Nach den monströsen Massakern der Hamas an der israelischen Zivilbevölkerung am 7. Oktober, bei denen die Hamas über 1200 Menschen brutal ermordete, rund 3000 verletzte und über 200 als Geiseln verschleppte, hat die Bundesregierung die von Angela Merkel eingeführte und vom Bundestag im BDS-Beschluss von 2019 sekundierte Formel von Israels Sicherheit als Teil deutscher Staatsräson aufgenommen, um Israel ihre volle Solidarität und Unterstützung zu versichern und Antisemitismus entschlossen zu bekämpfen.[1]

Angesichts des bedrohlichen Anstiegs antisemitischer Straftaten in Deutschland und der anhaltend schlechten Sicherheitslage im Nahen Osten sind beide Ziele der Staatsräson grundsätzlich zu begrüßen. Doch die aktuelle Interpretation von Israels Sicherheit und entschlossener Antisemitismusbekämpfung als deutscher Staatsräson führt zu Einschränkungen der Versammlungs-, Meinungs-, Kunst-, und Wissenschaftsfreiheit. Diese Interpretation der Staatsräson stützt sich auf die nicht klar abgegrenzte Antisemitismusdefinition der International Holocaust Remembrance Association (IHRA), auf deren Grundlage legitime Kritik an der in Teilen rechtsextremen israelischen Regierung als Antisemitismus charakterisiert werden kann; in den letzten Jahren hat sich dadurch der diskursive Raum zulässiger Kritik an Israel in Deutschland verengt. Eine präzisere Antisemitismusdefinition ist nötig, um die bestehende Spannung zwischen Staatsräson und Grundrechten abzuschwächen. Diese wird nur durch eine Weiterentwicklung der deutschen Erinnerungskultur implementiert werden können, durch die auch das Schicksal der Palästinenser und ihre bis heute andauernde Entrechtung als eine indirekte Folge des Holocaust anerkannt wird.

Staatsräson und Antisemitismus

Das Bundeskabinett hat die erweiterte Arbeitsdefinition von Antisemitismus der IHRA im Jahr 2017 zur Kenntnis genommen und empfiehlt seitdem ihre umfassende Berücksichtigung. Die IHRA definiert Antisemitismus als „eine bestimmte Wahrnehmung von Jüdinnen und Juden, die sich als Hass gegenüber Jüdinnen und Juden ausdrücken kann. Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen." Die erweiterte Definition beinhaltet zudem folgenden Satz zu israelbezogenem Antisemitismus: „Darüber hinaus kann auch der Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, Ziel solcher Angriffe sein."

Die IHRA-Definition wird in der wissenschaftlichen Diskussion wegen ihrer Fokussierung auf israelbezogenen Antisemitismus und die vage Definition desselben durch eine Reihe von Beispielen kritisiert (1,2,3,4), weshalb die UN-Sonderberichterstatterin für Rassismus und Fremdenfeindlichkeit die Mitgliedstaaten auffordert (Abs. 71ff.), die Definition nicht weiter zu verwenden. Die Definition kann nicht losgelöst vom politisch-historischen Kontext des Nahostkonflikts verstanden werden, der auch ein internationaler Deutungskampf um die Analyse der aktuellen Situation, der Geschichte und der sich jeweils daraus abzuleitenden Schuld ist. Die Definition ist ein Teil dieses Deutungskampfes, insofern sie es ermöglicht, dass legitime Kritik an der israelischen Politik als antisemitisch kategorisiert wird. So lässt sich das die Definition präzisierende Beispiel „das Aberkennen des Rechts des jüdischen Volkes auf Selbstbestimmung, z.B. durch die Behauptung, die Existenz des Staates Israel sei ein rassistisches Unterfangen" so interpretieren, dass bereits die Rede von Apartheid als antisemitisch einge-

[1] Zur Kritik des Staatsräsonbegriffs in diesem Kontext siehe https://geschichtedergegenwart.ch/staatsraeson-zum-gebrauch-des-begriffs-nach-dem-7-oktober/.

stuft wird. Auch der von der IHRA-Definition unterschiedene, aber dennoch oft als einfacher Antisemitismus-„Schnelltest“ im Zuge der IHRA-Definition verwendete, „3-D-Test“ lässt viele israelkritische Äußerungen antisemitisch erscheinen (1, 60ff.; 2, 293ff.). So kann als *Doppelstandard* schon kritisiert werden, dass Wissenschaftler*innen oder Aktivist*innen dem Nahost-Konflikt mehr Aufmerksamkeit widmen als anderen Konfliktgeschehen.[2] Die anderen beiden vage formulierten Facetten des „3-D-Tests“, *Delegitimierung* und *Dämonisierung* von Israel, können selbstredend antisemitisch sein. Sie sind aber auch erwartbare Elemente der politischen Kommunikation der unter Besatzung lebenden Palästinenser und mit ihnen solidarischen Menschen, und deshalb ohne weitere Spezifikation keine geeigneten Kriterien für Antisemitismus.[3]

Im Bundestagsbeschluss zur Einrichtung des Amts des Antisemitismusbeauftragen Anfang 2018 wird diesem Fokus auf israelbezogenen Antisemitismus entsprechend nur die Gefahr durch israelbezogenen und „durch Zuwanderung erstarkenden Antisemitismus“ ausführlich erläutert, obwohl „der größte Teil antisemitischer Delikte [...] weiterhin rechtsextrem motiviert“ sei. In einer Antwort auf eine schriftliche Frage zum Umsetzungsstand erläutert die Bundesregierung 2019, dass die Empfehlung zwar nicht rechtlich bindend sei, aber von ihr dennoch – als politisches Signal – handlungsleitende Wirkung für „alle Anwender“ ausginge (dazu kritisch). Innerhalb der Bundesverwaltung sei die Anwendung in Sicherheitsbehörden, dem Verfassungsschutz, in der Definition zu politisch motivierter Kriminalität, der politischen Bildung, der Richter*innenausbildung, und der Demokratieförderung implementiert.

Auch der BDS-Beschluss des Bundestags von 2019, der die „Boycott, Divestment and Sanctions“-Bewegung (BDS) als antisemitisch verurteilt, begründet dies mit der erweiterten IHRA-Definition (kritisch dazu siehe 1,2,3). Als „Teil der deutschen Staatsräson“ werden dabei sowohl „das unbedingte Nein zum Hass auf Jüdinnen und Juden“ als auch die Sicherheit Israels genannt. Es gibt keine Erwähnung des Kontexts des Israel-Palästina-Konflikts und auch keine Hinweise zur Abwägung, welche Kritik an der israelischen Regierung als Konfliktpartei nach Ansicht des Bundestages nicht antisemitisch sei. Der Satz „Wer Menschen wegen ihrer jüdischen Identität diffamiert, ihre Freizügigkeit einschränken will, das Existenzrecht des jüdischen und demokratischen Staates Israel oder Israels Recht auf seine Landesverteidigung in Frage stellt, wird auf unseren entschiedenen Widerstand stoßen“ lässt vielmehr zu, dass auch die Kritik an der spezifischen Art und Weise, wie Israel sein Recht auf Landesverteidigung auslegt, als antisemitisch eingestuft wird.

In Reaktion auf den 7.10. haben die Koalitionsfraktionen in einem Entschließungsantrag von der Bundesregierung gefordert, ein Betätigungsverbot von BDS zu prüfen.[4] In diesem Antrag wird im Abschnitt der Erörterung des zunehmenden Antisemitismus auch „vermehrt[er] israelbezogener Antisemitismus linker Milieus“ beklagt und kritisiert, dass es international „viele Akademikerinnen und Akademiker sowie Künstlerinnen und Künstler [waren], die einseitig Position gegen Israel bezogen oder sich gar mit der Hamas solidarisierten.“ Dadurch wird die Unterstützung der antisemitischen Hamas als eine einfache Steigerungsform der Kritik an Israel dargestellt – wodurch letztere delegitimiert wird. Bemerkenswert ist an diesem Satz insbesondere der Vorwurf der Einseitigkeit, weil erstens Einseitigkeit ein übliches Element politischer Rhetorik in Konfliktsituationen ist; zweitens der Entschließungsantrag selbst den implizit formulierten Anspruch an Ausgeglichenheit gerade nicht einlöst, weil er vor dem Hintergrund des aktuellen Kriegsgeschehens eine einseitige Parteinahme für Israel darstellt; und drittens, weil diese Einseitigkeit mit der spezifischen deutschen Geschichte und Verantwortung begründet ist, was im Umkehrschluss gerade vermuten lassen müsste, dass die internationalen Perspektiven potentiell *weniger* einseitig seien, als die deutsche – noch dazu, wenn sie von Wissenschaftler*innen artikuliert werden.

[2] Um hier Antisemitismus zu attestieren, müsste zunächst ausgeschlossen werden, dass andere Erklärungen plausibel sind. Insofern es keinen anderen engen Partner des Westens gibt, der in einem langwierigen Gebietskonflikt involviert ist und dabei unterstützt wird, ist es naheliegend, dass kritische Wissenschaftler*innen ein besonderes Interesse an diesem Konflikt haben.

[3] Zur Problematisierung der Vagheit und Extension des relativ neuen Konzepts des israelbezogenen Antisemitismus wurde folgendes Gedankenexperiment vorgeschlagen: Man stelle sich einen Staat „Christiana” vor, der in allen wesentlichen Aspekten Israel gleicht, aber katholisch ist, wie die katholischen Kreuzfahrerstaaten des 11. Jahrhundert. Christiana würde wohl in grundsätzlich gleicher Weise kritisiert, wie heute Israel (https://www.thenation.com/article/archive/myth-new-anti-semitism/).

[4] Der Antrag ist zunächst an den Ausschuss zur Beratung übersandt und noch nicht verabschiedet.

Diskursverengungen und Grundfreiheitseinschränkungen

Die Anwendung der IHRA-Definition durch staatliche und parastaatliche Stellen kann zu Unklarheiten bei der Differenzierung von Kritik an Israel und israelbezogenem Antisemitismus führen. Angesichts der deutschen Staatsräson liegt es nahe, dass in solchen Fällen zu einer strengen Auslegung tendiert und der Bereich des Antisemitismus weit verstanden wird. Der philosophische Vater der heutigen Staatsräson, Jürgen Habermas, hat dies nach dem Angriff der Hamas selbst vorgeführt. Zusammen mit drei anderen Philosoph*innen verurteilt er die Rede von „genozidalen Absichten" bei der Kritik Israels aktueller Militäraktion als "vollends" (Richtung Antisemitismus)[5] verrutschter Maßstab, obwohl das Konzept von angesehenen Rechtsexpert*innen und Genozidforschenden diesbezüglich diskutiert wird (1,2,3,4,5,6,7). Habermas et. al. begründen dies damit, dass sich mit dem demokratischen Selbstverständnis der Bundesrepublik „eine politische Kultur [verbinde], für die im Lichte der Massenverbrechen der NS-Zeit jüdisches Leben und das Existenzrecht Israels zentrale, besonders schützenswerte Elemente sind."[6]

Entsprechend ist in der Folge der skizzierten Implementierung der IHRA-Definition und insbesondere des BDS-Beschlusses eine Zunahme von Antisemitismusvorwürfen und damit verbundenen (Forderungen von) Veranstaltungsabsagen und Kündigungen bzw. Rücktritten zu verzeichnen (1,2,3,4,5). Im Zentrum solcher Vorwürfe steht die Nähe zu oder Unterstützung von BDS, wobei oft schon analytische Konzepte wie Apartheid (dazu 1,2,3,4,5,6; die israelische Zeitung Haaretz wundert sich über die Ungleichzeitigkeit zwischen Felix Kleins klarer Positionierung und der eigenen Debatte über Apartheid), Kolonialismus (dazu 1,2,3) und teilweise sogar Besatzung als israelbezogener Antisemitismus gewertet werden.[7] Neu mit der Kriegsentwicklung hinzugekommen sind die Begriffe „Genozid" und „ethnische Säuberung" (dazu 1,2,3,4,5,6,7). So hat der Antisemitismusbeauftragte Felix Klein Kritik an Israel aus dem Kreis von Greta Thunberg durch die Begriffe „Genozid" und „Apartheidsstaat" als „in unerträglicher Form antisemitisch" kritisiert. Der BDS-Beschluss wird entsprechend dafür kritisiert, zu einer Diskursverengung beizutragen, insbesondere internationale Perspektiven auszuschließen. Insgesamt kann – ohne sich die genannten Konzepte dadurch zu eigen zu machen – von einer Verengung der Diskurssituation (1) gesprochen werden, die sich auf die staatliche Kopplung der deutschen Erinnerungskultur mit dem weiten IHRA-Antisemitismusbegriff und dessen Institutionalisierung durch Antisemitismusbeauftragte zurückführen lässt.

Nach dem 7.10. haben sich die diskursiven Bedingungen bezüglich der Äußerung von Kritik an Israel bzw. dessen Regierung,[8] weiter verengt (1,2,3,4,5). Auf der Frankfurter Buchmesse wurde Slavoj Zizek bezüglich seines Plädoyers für die Kontextualisierung und Analyse der Attacke vorgeworfen, den Terror der Hamas mit Israels Politik zu vergleichen und zu relativieren – noch während seines Vortrags, durch den Hessischen Antisemitismusbeauftragten, der dazu eigens die Bühne erklomm. Die Frankfurter Buchmesse hat die Preisverleihung an die palästinensische Autorin Adania Shibli verschoben. Ein

[5] Die geraunte Verknüpfung dieses Urteils mit der Kritik an antisemitischen Reaktionen auf Israels Vorgehen lässt nur den Schluss zu, dass die Autor*innen die Rede von Genozid für antisemitisch halten.

[6] Siehe diese Gegenäußerung internationaler Wissenschaftler*innen, die Habermas et. al. auf die Universalität der Menschenwürde hinweisen. Dass dies gegenüber dem Diskurstheoretiker Habermas, der sich stets gegen Relativismus und Machtpolitik gestellt hat, nötig ist, ist bemerkenswert. https://www.theguardian.com/world/2023/nov/22/the-principle-of-human-dignity-must-apply-to-all-people

[7] Natürlich sind solche Konzepte normative Konzepte und haben im Nahostkonflikt auch die Funktion von politischen Kampfbegriffen –genau wie Antisemitismus. Es ist allerdings genauso wenig Aufgabe des Staates politische Kampfbegriffe zu sanktionieren, wie sie Grundlage staatlichen Handeln sein sollten.

[8] Insofern Staaten in der Politik üblicherweise als kollektive Akteure adressiert werden, kann von Israel gesprochen werden, wenn das von der Regierung gesteuerte staatliche Handeln gemeint ist. Die oft als antisemitisch kritisierte Substantiierung „Israelkritik" lässt sich plausibel darauf zurückführen, dass nur bezüglich Israel die Abgrenzung der Kritik des Staates von einer Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit notwendig ist –und zwar, seitdem Antisemitismus auch als israelbezogener Antisemitismus verstanden wird. Beispielsweise gibt es keine Form der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit, die hinter der Kritik der USA stehen könnte; und ohne einen solchen Differenzbegriff macht die Rede von „Amerika-Kritik" keinen Sinn, weshalb es diesen Begriff im Sprachgebrauch nicht gibt. Kurz: Die Rede von „Israelkritik"ist nicht notwendig antisemitisch, sondern das notwendige Pendant zu israelbezogenem Antisemitismus.

Mitglied der Documenta-Findungskommission trat mit explizitem Hinweis auf den ausgeweiteten Antisemitismusbegriff zurück, nachdem ihm die Unterzeichnung eines BDS-Aufrufs vorgeworfen wurde, woraufhin auch die restliche Kommission zurücktrat. Und eine Konferenz zur Erinnerungskultur, auf der auch regierungskritische jüdische Wissenschaftler*innen sprechen sollten, wurde von der bpb kurzfristig mit Verweis auf die aktuelle Situation abgesagt, was die Veranstalter*innen als „ongoing erosion of the German public sphere" beklagen.

Solche Diskursverengungen können als materielle – nicht formale – Einschränkung der Meinungs-, Kunst-, bzw. Wissenschaftsfreiheit bewertet werden, wenn staatliche, öffentliche und staatlich geförderte Organisationen sie systematisch implementieren. Dazu zählen insbesondere Organisationen aus Kultur, Medien und Wissenschaft, also die staatliche Kultur(förder)institutionen, der öffentlich-rechtliche Rundfunk und staatliche Forschungs- und Bildungseinrichtungen.[9] Diese Organisationen sind der Neutralität und Pluralität verpflichtet, weil sie – allein durch ihre Größe und Ressourcen – ein großes Gewicht für die öffentliche Meinungsbildung haben. Ob die Diskursverengungen tatsächlich systematisch erfolgen, oder ob es sich eher um eine anekdotische Aneinanderreihung von Einzelfällen handelt, lässt sich nicht quantitativ bestimmen. Die Rückführbarkeit dieser Phänomene auf die staatliche Implementierung spricht aber dafür, dass es sich um eine materielle Einschränkung der Grundfreiheiten handelt. Gleichzeitig lässt sich im öffentlich-rechtlichen Mediendiskurs angesichts des Kriegsverlaufs und nunmehr laut Gaza-Gesundheitsministerium über 16.000 palästinensischen Toten eine Öffnung für Stimmen verzeichnen, die Israels Kriegsführung kritisieren (1,2).

Versammlungsfreiheit und Rassismus

Bei einigen pro-palästinensischen Demonstrationen und Beiträgen wurde die Hamas-Attacke legitimiert oder sogar begrüßt. Darüber hinaus ist nach der Attacke ein Anstieg antisemitischer Straftaten in Deutschland zu verzeichnen (1,2). In der Folge haben die Versammlungsbehörden viele pro-palästinensische Demonstrationen – auch von oder unter Beteiligung von jüdischen Friedensaktivist*innen – verboten oder sie mit strengen Auflagen versehen. Einige dieser Verbote bzw. Auflagen wurden von Amnesty Deutschland, jüdischen Intellektuellen und kritischen Wissenschaftler*innen als pauschale Einschränkung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit kritisiert. Die Polizei habe dabei mitunter die Palästina-Flagge und das Palästinensische Kopftuch verboten, die keine rechtswidrigen Symbole sind. Bei einer Demonstration von linken Jüd*innen in Berlin wurden eine Person wegen eines Plakats mit der Botschaft „From the river to the sea, we demand equality" festgenommen und das Skandieren von „Stop the genocide" wurde verboten. Es ist für sich bemerkenswert, die Forderung des demokratischen Grundwertes Gleichheit zu verbieten. Bezogen auf den Konflikt illegalisiert das Verbot darüber hinaus eine in der linksliberalen israelischen Zivilgesellschaft weitgehend konsentierte Grundposition. Das Bundesinnenministerium hatte zuvor die Parole „Vom Fluss bis zum Meer" als Kennzeichen der Hamas eingestuft und damit quasi verboten. Doch selbst die wegen ihres breiten Interpretationsspielraums nachvollziehbarer Weise oft als israelbezogen-antisemitisch bezeichnete Parole „From the river to the sea, Palestine will/shall be free" negiert nicht notwendig das Existenzrecht Israels, weil die Freiheit der Palästinenser durch breit diskutierte Friedenslösungen (Zweistaatenlösung und Diskriminierungsfreiheit in Israel oder Diskriminierungsfreiheit bei Einstaatenlösung) umgesetzt werden kann – es bleibt abzuwarten, ob dieses Verbot einer gerichtlichen Prüfung standhält. Diese Fälle sprechen angesichts des durch die IHRA-Definition ausgedehnten Antisemitismusbegriffs für eine systematische und unverhältnismäßige Einschränkung der Versammlungsfreiheit bezüglich israelkritischer Kundgebungen.

Diese Einschränkungen der Versammlungsfreiheit wurden zudem als rassistisch motiviert kritisiert, insofern sie spezifisch die Grundrechte von Menschen aus der palästinensischen Community einschränkten und es Racial Profiling gegeben habe. Diese Einschätzung ist angesichts der Entwicklung der deutschen Erinnerungskultur plausibel. Mit der Konsolidierung der progressiven antiapologetischen Lehren aus dem ersten Historikerstreit in der deutschen Staatsräson hat sich eine deutsche Identität der erinnerungskulturellen Überlegenheit entwickelt, die mit der Externalisierung des Antisemitismuspro-

[9] Die Hochschulrektorenkonferenz hat die IHRA-Definition unterstützt und setzt sich für ihre Anwendung an Universitäten ein, was potenziell die Wissenschaftsfreiheit insb. von Postkolonialismus- und Nahost-Forschenden einschränkt. https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/kein-platz-fuer-antisemitismus/

blems auf zugewanderte Muslime einhergeht – wofür die nahostkonfliktbezogene IHRA-Antisemitismusdefinition eine Grundlage bietet. Angesichts dieser Konstellation gab es nach dem 7.10. erwartbare Forderungen von prominenten Politiker*innen, dass sich in Deutschland lebende Muslime gegen Antisemitismus positionieren sollten und dass die Staatsangehörigkeit von einem solchen Bekenntnis abhängig gemacht werden sollte. Diese Externalisierung kann als rassistisch bezeichnet werden, wenn sie zu pauschalen Zuschreibungen führt und die Legitimität von Erinnerungskulturen abspricht, in der die Aufarbeitung der Nazi-Verbrechen keine zentrale Stelle einnimmt. Vor dem Hintergrund der mit der Staatsgründung Israels verbundenen Flucht und Vertreibung von Palästinenser*innen ist insbesondere auch ein Verständnis dafür notwendig, dass hier lebende Palästinener*innen eine andere Perspektive einnehmen und sich nicht gleichermaßen mit der durch die NS-Täterschaft begründeten deutschen Verantwortung für Israel identifizieren.

Demokratisierung der Erinnerungskultur

Die Sicherheit Israels und den Kampf gegen Antisemitismus als deutsche Staatsräson nach dem 7.10. zu affirmieren, ist richtig. Nur so kann Deutschland seiner historischen Verantwortung gerecht werden. Konkret kann die aktuelle Interpretation der Staatsräson aber zu den genannten Einschränkungen der Grundrechte führen und antimuslimischen Rassismus verstärken. Sie steht deshalb in einem Spannungsverhältnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Insofern die Probleme der aktuellen Interpretation auf die IHRA-Definition zurückgeführt werden können, ist angezeigt, sie zu korrigieren.

Die von internationalen Holocaust- und Nahost-Forschenden[10] entwickelte Jerusalemer Erklärung zum Antisemitismus bietet eine solche Korrektur des Antisemitismusbegriffs:

> „Da die IHRA-Definition in wichtigen Punkten unklar und für unterschiedlichste Interpretationen offen ist, hat sie Irritationen ausgelöst und zu Kontroversen geführt, die den Kampf gegen Antisemitismus geschwächt haben. In Anbetracht der Tatsache, dass sie sich selbst als „Arbeitsdefinition“ bezeichnet, haben wir uns um Verbesserungen bemüht, indem wir (a) eine präzisere Kerndefinition und (b) ein kohärentes Set von Leitlinien vorlegen.“

Die Jerusalemer Erklärung definiert Antisemitismus als „Diskriminierung, Vorurteil, Feindseligkeit oder Gewalt gegen Jüdinnen und Juden als Jüdinnen und Juden (oder jüdische Einrichtungen als jüdische).“ Sie unterscheidet klare Fälle von israelbezogenem Antisemitismus und Kritik an Israel, die *nicht per se* antisemitisch ist. Nicht per se antisemitisch seien demnach u. a. Forderungen nach Gleichberechtigung für alle Bewohner*innen „zwischen dem Fluss und dem Meer“, Vergleiche mit Siedler-Kolonialismus und Apartheid, gängige Formen des gewaltfreien politischen Protestes wie Boykotte, Desinvestitionen und Sanktionen und auch übertriebene politische Kritik (vgl. auch die ähnliche Nexus-Definition). Wie die IHRA-Definition erhebt auch die JDA-Definition keinen Anspruch auf Endgültigkeit, sondern versucht einen politischen Rahmen für kontroverse Debatten zu bieten. Als solcher würde sie eine offenere Diskussion ermöglichen, bei der auch regierungskritische Jüd*innen und Palästinenser*innen mehr Gehör in der deutschen Debatte bekämen, Rassismus und Antisemitismus weniger gegeneinander ausgespielt würden und die Versammlungs-, Meinungs-, Kunst-, Wissenschaftsfreiheit besser geschützt wären.

Zentral ist, dass das materielle Ziel der Staatsräson, Antisemitismus zu bekämpfen und für die Sicherheit Israels einzutreten, durch die JDA Definition nicht schlechter erreicht wird. Vielmehr weisen linke jüdische Stimmen darauf hin, dass die aktuelle Interpretation der Staatsräson das Leben von Jüd*innen weder in Deutschland noch in Israel sicherer mache. Denn die politische und mediale Aufmerksamkeit für israelbezogenen und zugewanderten Antisemitismus steht in einem gefährlichen Missverhältnis zur Bedrohung durch rechtsextremen deutschen Antisemitismus; und die Unterdrückung von legitimem Protest palästinensischer Stimmen kann tatsächlichen Antisemitismus noch befeuern. Darüber hinaus erscheint fraglich, ob die durch diese Diskursver-

[10] “Zu den Unterzeichner:innen zählen internationale Wissenschaftler:innen, die in der Antisemitismusforschung und in verwandten Bereichen arbeiten, darunter Jüdische Studien, Holocaust-, Israel-, Palästina- sowie Nahoststudien. Die Erklärung profitierte auch von der Einbindung von Rechtswissenschaftler:innen und Vertreter:innen der Zivilgesellschaft.” Siehe für die Unterzeichnenden https://jerusalemdeclaration.org/.

engung politisch quasi alternativlos gestellte Unterstützung der Militärstrategie der rechten israelischen Regierung zur langfristigen Verbesserung der Sicherheitslage Israels beiträgt. Diese Einschätzungen deuten darauf hin, dass sich die Staatsräson in ihrer aktuellen Interpretation teilweise selbst unterläuft.

Insofern die IHRA-Antisemitismusdefinition aber zu einem zentralen Element der deutschen Erinnerungskultur geworden ist, lässt sie sich nicht ohne eine Weiterentwicklung dieser Erinnerungskultur korrigieren. Die aktuelle Erinnerungskultur ist eine Institutionalisierung der Auffassung einer Singularität der Shoah, die im ersten Historikerstreit notwendig war, um die bis dahin in der Mehrheitsgesellschaft anhaltende rechtsnationale Schuldrelativierung aufzubrechen. In der Praxis erschwert diese Erinnerungskultur heute die Anerkennung der deutschen Kolonialverbrechen und des palästinensischen Leidens. In Israel haben die New Historians schon seit den 1980ern zu einer Differenzierung der nationalen Erinnerungskultur und einem neuen Verständnis der palästinensischen Erfahrung beigetragen, wodurch die Nakba im israelischen Diskurs nun offen benannt werden kann, wenngleich gegen Widerstände rechtsextremer Gruppen wie „Im Tirzu".

In Deutschland werden entsprechende erinnerungspolitische Diversifizierungen im aktuellen zweiten Historikerstreit kontrovers diskutiert. Dabei wird verhandelt, wie sowohl der Holocaust als auch Kolonialverbrechen, genauso wie die palästinensische Nakba als indirekte Folge (auch 1,2) des Holocaust einen Platz in der deutschen Erinnerungskultur bekommen können, ohne dadurch den Holocaust zu relativieren bzw. die progressiv-antirevisionistische Auffassung dessen Singularität aufzugeben (1,2). Diese Diskussionen können als eine demokratisierende Öffnung der deutschen Erinnerungskultur verstanden werden, die der Pluralität der postmigrantischen Gesellschaft besser gerecht wird. Es bleibt zu hoffen, dass diese Debatten von der Politik aufgenommen werden, damit eine grundrechtskonforme Interpretation der Staatsräson gefunden werden kann.

Aufgrund der im Text geschilderten Diskursverengung im Zusammenhang mit der durch das WissZeitVG bedingten akademischen Berufsunsicherheit wird dieser Text unter Pseudonym veröffentlicht.

Redaktionsnotiz: Der Text ist auf Bitte der Autorin unter einem Pseudonym veröffentlicht worden. Die Autorin hat substantiiert dargelegt, dass ihr bei Veröffentlichung unter Klarnamen ein erheblicher beruflicher Nachteil droht. Der kursive Zusatz am Ende des Textes stammt von der Autorin.

In einer früheren Version dieses Textes hieß es, dass Slavoj Zizek auf der Frankfurter Buchmesse des Antisemitismus bezichtigt wurde. Richtig ist, dass Slavoj Zizek vorgeworfen wurde, den Terror der Hamas zu relativieren. Der Text wurde entsprechend korrigiert.

Zusätzliche Redaktionsnotiz, 12.12.: Uns haben Zuschriften erreicht, wonach die Formulierung "Diskursverengung" im Kontext von Israelkritik und Antisemitismus teilweise seinerseits als Anspielung auf antisemitische Verschwörungsmythen verstanden wird. Das war selbstverständlich nicht gemeint, aber wir können nachvollziehen, dass die Formulierung diesen Eindruck erwecken kann. Das tut uns sehr leid.

Zusätzliche Redaktionsnotiz, 15.12.: Eine frühere Version dieses Textes schrieb Felix Klein zu, Greta Thunbergs „Kritik an Israel durch die Begriffe ‚Genozid' und ‚Apartheidsstaat' als ‚in unerträglicher Form antisemitisch' kritisiert" zu haben. Laut verlinkter Quelle bezieht sich dieses Zitat auf Äußerungen "aus dem Kreis Thunbergs", nicht notwendig auf solche von ihr selbst. Wir bitten diesen Fehler zu entschuldigen.

Louise Majetschak, Liza Cemel

IHRA-Definition als „Diskursverengung"?

Replik auf „Clara Neumann"

doi: 10.17176/20231216-111233-0

Der am 08.12.23 veröffentlichte Text „Das Spannungsverhältnis zwischen Staatsräson und Grundrechten" von anonymer Autor*in hätte ein konstruktiver Beitrag zu einer wichtigen Debatte um den Begriff des Antisemitismus sein können. Leider erschien der Beitrag unter dem Pseudonym Clara Neumann und begründet das mit einer im „[...] Text geschilderten Diskursverengung im Zusammenhang mit der durch das WissZeitVG bedingten akademischen Berufsunsicherheit [...]". Der Text bietet, anders als der Titel und die Einleitung Anlass geben zu glauben, keinen nuancierten Beitrag zur Debatte um die Definition von Antisemitismus, insbesondere israelbezogenem Antisemitismus. Vielmehr zieht er Verbindungen zwischen unterschiedlichsten jüngsten Gegebenheiten, von Demonstrationsverboten über Rücktritte und Absagen von Preisverleihungen, größtenteils ohne diese auf die für den Text zentrale IHRA-Definition zurückführen zu können.

Zum Ersten ist die Veröffentlichung unter einem Pseudonym schwer nachvollziehbar. Dass berufliche Nachteile drohen für einen tatsächlich differenziert geschriebenen Beitrag über unterschiedliche Definitionen von Antisemitismus, bedient das problematische Narrativ, es gäbe tatsächlich eine „Cancel Culture", nach der Sanktionen im akademischen Betrieb an das Vertreten bestimmter Positionen, hier zu Antisemitismus, geknüpft werden. Das ist gerade in Hinblick auf den stattfindenden wissenschaftlichen Diskurs über die IHRA-Definition schwer nachzuvollziehen. Vielmehr erscheint dies als ein Versuch, sich legitimer Kritik an der eigenen Position zu entziehen. Der bzw. die Autor*in beschreibt eine „Diskursverengung" – ein Konzept, das im Beitrag nicht weiter erklärt wird – die sie (ohne dies substantiiert darzulegen, s.u.) der Anwendung der IHRA-Definition von Antisemitismus zuschreibt. Dabei nennt der bzw. die Autor*in Beispiele wie den Rücktritt eines Mitglieds der Documenta-Findungskommission oder die Absage einer Konferenz zur Erinnerungskultur durch die Bundeszentrale für politische Bildung. Allerdings legt der bzw. die Autor*in nicht substantiiert dar, wieso sie die Vorwürfe des Antisemitismus bzw. Absage der Veranstaltungen in den jeweils individuellen Fällen unter den konkreten Umständen für falsch hält. Dass Geschehnisse wie ein freiwilliger Rücktritt im nicht-akademischen Bereich in Reaktion auf öffentliche Kritik sich nun unmittelbar auf die Karriere des Autors bzw. der Autor*in auswirken sollen, die den Anspruch erhebt, einen differenzierten Beitrag auf einem wissenschaftlichen Blog zu veröffentlichen, unterstellt, dass wissenschaftliche Diskussionen um unterschiedliche Antisemitimus-Begriffe nicht mehr möglich sind und dass dies an der Weite der IHRA-Definition liege. Es ist schwer nachvollziehen, weshalb sich der oder die Autor*in auf eine vermeintliche Cancel Culture berufen konnte, die hinsichtlich anderer Vorwürfe (z.B. von anderer Formen von Diskriminierung, insbesondere Rassismus) oftmals als Ablenkung der Kritisierten gewertet werden kann, die sich einer inhaltlichen Diskussion entziehen möchten.

Zum Zweiten möchten wir kurz erläutern, warum der Beitrag unserer Meinung nach nicht den Standards entspricht, die der Beitrag selbst formuliert. Das Hauptargument des Autors oder der Autor*in ist, dass die Anwendung der IHRA-Definition eine „Einschränkung der Versammlungs-, Meinungs- und Kunstfreiheit" darstellt. Anders als auf einem rechtlichen Blog zu erwarten wäre, folgt dann aber gerade keine Analyse der Frage, ob und wie eine „Diskursverengung" unter den Eingriffsbegriff für Grundrechte fallen könnte. Ebenso wird die (nicht im Einzelnen belegte) Implementierung einer Definition durch staatliche und „parastaatliche" Stellen in rechtlich höchst unterschiedlichen Fragen, nämlich der rechtlichen Regelung von Kunst- und Kulturförderung zum einen und Versammlungsrecht zum anderen, ohne weitere Differenzierung als potentielle „Grundfreiheitseinschränkung" gewertet, ohne dass dies irgendeiner Form einer rechtlichen Analyse unterzogen wird.

Der oder die Autor*in bezieht sich auf Verbote von Demonstrationen als problematische Fälle der Anwendung

der IHRA-Definition, ohne nachzuweisen, dass gerade die IHRA-Definition die Grundlage der umstrittenen staatlichen Verbotsentscheidungen war. Der oder die Autor*in scheint ihr Argument darauf zu basieren, dass staatliche Stellen die IHRA-Definition akzeptieren und implementieren; aus dem Verweis des oder der Autor*in auf eine Antwort der Bundesregierung im Jahr 2019 ergibt sich bzgl. der Implementierung in Sicherheitsdiensten aber nur, dass die IHRA-Definition, im Zusammenspiel mit anderen Definitionen, in Seminaren der Bundessicherheitsbehörden vermittelt wird und Statistiken zur Erfassung antisemitischer Straftaten zugrunde liegt, sowie, dass sich nach Kenntnis der Bundesregierung die Berliner Strafverfolgungsbehörden an der IHRA-Definition orientieren. Der oder die Autor*in begründet dann auch nicht, inwiefern die IHRA-Definition die „viele[n]“ (ohne Quellenangabe oder Spezifizierung, wie viele es tatsächlich waren) Verbote pro-palästinensischer Demonstrationen nahelegt oder begünstigt. In der Tat ergibt bereits der Wortlaut der erweiterten IHRA-Definition in der Liste von Beispielen von Antisemitismen im öffentlichen Leben, dass immer der Gesamtkontext einer Aussage zu berücksichtigen ist („taking into account the overall context“). Damit legt der Wortlaut nahe, dass pauschale Anschuldigungen des Antisemitismus ohne Beachtung des Kontexts nicht im Sinne der Definition sind. Der Beitrag trägt nicht zu einer wissenschaftlichen und rechtlich nuancierten Diskussion von Demonstrationsverboten bei, da er nicht argumentiert, dass *bestimmte* Demonstrationsverbote unter den *konkreten* Umständen ungerechtfertigt waren, wie es beispielsweise das Bayrische Verwaltungsgericht und andere Gerichte in ihren Prüfungen festgestellt haben. Der oder die Autor*in verzichtet gänzlich auf eine detaillierte Darstellung von Bedrohungslagen oder Gründen für die Verbote, die eine seriöse rechtliche Bewertung von bestimmten Demonstrationsverboten erst ermöglicht. Gerade weil es in der Vergangenheit bei Kundgebungen zu zutiefst antisemitischen Vorfällen kam, die in der erforderlichen Gefahrprognose für Demonstrationsverbote unter bestimmten Umständen einfließen können, ist eine konkrete, detaillierte und anlassbezogene Prüfung wichtig, die der oder die Autor*in gerade nicht vornimmt.

Auch in anderen Teilen des Textes nimmt der oder die Autor*in keine Analyse der IHRA-Definition selbst oder der Frage vor, wie die Definition eine öffentliche Diskussion in einem konkreten Fall vermeintlich erschwert. Ein von dem Autor bzw. der Autor*in genanntes Beispiel ist die Entscheidung, der palästinensischen Autorin Adania Shibli auf der Frankfurter Buchmesse den ihr zugedachten Preis nicht zu verleihen. Dieses Beispiel wird gegen die IHRA-Definition vorgebracht, ohne auch nur einen Beleg zu nennen, dass die Antisemitismusvorwürfe gegen Adania Shibli auf der IHRA-Definition basierten. Die Tatsache, dass die Vorwürfe gegen Adania Shibli auf der IHRA-Definition basierten und als solche ungerechtfertigt sind, wird von dem oder der Autor*in ohne Diskussion vorausgesetzt, wenn der Blogbeitrag die Verschiebung der Preisverleihung auch in Folge der Vorwürfe gegen Adania Shibli als Beispiel dafür nennt, dass es zu einer „Diskursverengung“ im deutschen öffentlichen Diskurs gekommen ist, die auf der Weite der IHRA-Definition basiert und der es entgegenzutreten gilt. Daher kann der Blogbeitrag mit den genannten Beispielen keinen Beitrag zu der Diskussion um die Frage leisten, ob die Weite der IHRA-Definition die Ursache für ungerechtfertigte Antisemitismusvorwürfe ist.

Darüber hinaus beruht die Kritik des Autors bzw. der Autor*in an der Anwendung der IHRA-Definition selbst zum Teil auf unpräzisen Zitaten. So schreibt der Autor bzw. die Autor*in, der Beauftragte der Bundesregierung für jüdisches Leben in Deutschland und den Kampf gegen Antisemitismus Felix Klein habe Greta Thunbergs jüngste „Kritik an Israel durch die Begriffe ‚Genozid‘ und ‚Apartheidsstaat‘ als ‚in unerträglicher Form antisemitisch‘ kritisiert“. Das tatsächliche Zitat in der durch die Autor*in angegebenen Quelle lautet: „Der Antisemitismusbeauftragte der Bundesregierung Felix Klein sprach der Bewegung daraufhin ihre Vorbildfunktion für die Jugend ab. Die jüngsten Äußerungen *aus dem Kreis* Thunbergs seien ‚in unerträglicher Form antisemitisch und spiegeln ein politisches Weltbild wider, das demokratische Grundwerte vermissen lässt‘ […]“ [Hervorhebung hinzugefügt]. Dass als „aus dem Kreis Thunbergs“ also gerade auch Aussagen „der Bewegung“ [gemeint ist Fridays for Future International] wie „How Western media brainwashes you into standing with Israel“ (Instagram-Kanal von Friday’s for Future International; ein Foto dieses Posts wird in der angegebenen Quelle abgebildet) gewertet werden können, geht damit in der Analyse des Autors bzw. der Autor*in verloren. Der Beitrag stellt wiederholt Kritik als illegitim dar, ohne diese überhaupt näher zu analysieren.

Zwar erkennt der oder die Autor*in an, dass Dämo-

nisierung und Delegitimierung Israels aus dem 3-D-Test „selbstredend" antisemitisch sein können, stellt sie aber auch als „erwartbare Elemente der politischen Kommunikation der unter Besatzung lebenden Palästinenser und mit ihnen solidarischen Menschen, und deshalb ohne weitere Spezifikation keine geeigneten Kriterien für Antisemitismus" dar. Diese Aussage liest sich so, als wären delegitimierende und dämonisierende Aussagen zwar potentiell antisemitisch (sogar „selbstredend" potentiell antisemitisch), das ist den Betroffenen aber zumutbar, denn die Aussagen „sind erwartbare Elemente der politischen Kommunikation der unter Bestatzung lebenden Palästinenser und mit ihnen solidarischen Menschen". Warum „Erwartbarkeit" einen Anhaltspunkt für eine Definition einer Diskriminierungsform sein soll, erklärt der oder die Autor*in nicht weiter. Gleichzeitig scheint der bzw. die Autor*in einen weiten Rassismusbegriff zu vertreten, wenn sie Einschränkungen der Versammlungsfreiheit sowie die „Externalisierung des Antisemitismusproblems auf zugewanderte Muslime" wie folgt beschreibt: „Diese Externalisierung kann als rassistisch bezeichnet werden, wenn sie zu pauschalen Zuschreibungen führt und die Legitimität von Erinnerungskulturen abspricht, in der die Aufarbeitung der Nazi-Verbrechen keine zentrale Stelle einnimmt." Dabei stellt sich im Kontext der Ungenauigkeiten des Textes die Frage, warum gerade für eine Verengung des Antisemitismusbegriffs geworben wird, gleichzeitig aber (im Ergebnis zu Recht, aber im Vergleich zur engen Antisemitismus-Definition als Doppelmoral anmutend) ein weiter, und im Übrigen nicht weiter ausgeführter Rassismusbegriff vertreten wird.

Zuletzt zeigt die Fußnote 3 die problematischen Aspekte dieses Textes klar auf. Der oder ie Autor*in zitiert hier folgendes Beispiel: „Man stelle sich einen Staat ‚Christiana' vor, der in allen wesentlichen Aspekten Israel gleicht, aber katholisch ist, wie die katholischen Kreuzfahrerstaaten des 11. Jahrhunderts. Christiana würde wohl in grundsätzlich gleicher Weise kritisiert, wie heute Israel." Dass ein christlicher Kreuzfahrerstaat des 11. Jahrhunderts dem Staat Israel, wie wir ihn heute kennen, überhaupt ähneln könnte ist, ist abwegig. Die Staatsgründung Israels im britisch regierten Mandatsgebiet durch den jüdischen Teil der Bevölkerung, den es durchgehend in diesem Gebiet gab und der durch Einwanderungswellen unterschiedlicher zionistischer Bewegungen, teilweise motiviert durch Unterdrückung und Pogrome sowie unter anderem die Shoah, verstärkt wurde, kann ca. 900 Jahre nach den Kreuzzügen nur schwerlich mit dem brutalen und räuberischem Unterfangen der Kreuzzüge verglichen werden, steht sie doch in einem völlig anderen politischen, kulturellem und historischen Kontext. Zudem wird in dem unkritischen Zitat dieses Beispiels einfach davon ausgegangen, dass das Fantasieprodukt „Christiana" in ähnlicher Weise kritisiert werden würde, wie der heutige Staat Israel. Das wird in keiner Weise weiter belegt und ist in Hinblick auf die immer vorhandene brutale Verfolgung von Jüdinnen und Juden* durch die Jahrhunderte hinweg eine verblüffende bis anmaßende Behauptung.

Weiter meint der bzw. die Autor*in ohne jegliche weitere Ausführung: „Die aktuelle Erinnerungskultur ist eine Institutionalisierung der Auffassung einer Singularität der Shoah, die im ersten Historikerstreit notwendig war, um die bis dahin in der Mehrheitsgesellschaft anhaltende rechtsnationale Schuldrelativierung aufzubrechen. In der Praxis erschwert diese Erinnerungskultur heute die Anerkennung der deutschen Kolonialverbrechen und des palästinensischen Leidens." Wie genau die „aktuelle Erinnerungskultur" die Anerkennung von Kolonialverbrechen oder palästinensischen Leidens erschwert, wird nicht ausgeführt. Somit bleibt eine nuancierte Analyse eines derart sensiblen und vielschichtigen Themas, die auch Tatsachen wie diejenige einschließt, dass Deutschland bereits aktuell der zweitgrößte Geldgeber des UNRWA ist, völlig aus.

In der aktuellen Form kann der Blogbeitrag nur als pauschale, nicht differenziert begründete Ablehnung der IHRA-Definition gelesen werden, die den Standards eines Beitrags auf dem Verfassungsblog nicht entspricht. Dass sich Betroffene von Antisemitismus, deren Stimme in der Definition dieser Diskriminierungsform besonderes Gewicht erhalten sollte, wie zum Beispiel jüdische Studierendenverbände sowohl in Deutschland als auch international, auch für eine Anwendung der IHRA-Definition aussprechen, wird im Beitrag gar nicht erwähnt. Da die Abkehr von einer breiten Definition von Antisemitismus zum Teil als Negierung jüdischer Lebenswirklichkeit verstanden wird, ist eine solche undifferenzierte Diskussion über eine Abkehr von der IHRA-Definition für uns als jüdische Studierende in diesen Zeiten, in denen wir uns auch in Universitäten vermehrt Angriffen und Anfeindungen ausgesetzt sehen, besonders belastend. Für uns war es daher enttäuschend, dass die hohen Standards des Verfassungsblogs bei der Veröffentlichung dieses Beitrag nicht eingelöst wurden.

Kai Ambos, Cengiz Barskanmaz, Maxim Bönnemann, Andreas Fischer-Lescano, Matthias Goldmann, Anna Katharina Mangold, Nora Markard, Ralf Michaels, Jerzy Montag, Maximilian Steinbeis, Tarik Tabbara, Tim Wihl, Lothar Zechlin

Die Implementation der IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus ins deutsche Recht - eine rechtliche Beurteilung

doi: 10.17176/20231219-111218-0

Diese Stellungnahme wurde am 5. Dezember 2023 an die Fraktionsvorsitzenden, an die Mitglieder der Ausschüsse Inneres und Recht sowie an die Ausschussbüros der anderen beteiligten Ausschüsse des Bundestags versandt. Nachdem in der Presse über diese Stellungnahme berichtet wurde, haben wir uns entschieden, sie zu veröffentlichen.

Die Nationale Strategie der Bundesregierung gegen Antisemitismus und für jüdisches Leben (NASAS) und ein Entschließungsantrag der Ampelkoalition im Bundestag sehen eine weitreichende rechtliche Implementation der sogenannten IHRA-Arbeitsdefinition von Antisemitismus als Regulierungsinstrument vor; Landtagsfraktionen planen offenbar ähnliches. Aus juristischer Sicht ist eine Implementierung der IHRA-Arbeitsdefinition als Regulierungsinstrument aus folgenden Gründen problematisch, die unten ausgeführt werden:

1. Die IHRA-Arbeitsdefinition ist **ausdrücklich als nicht rechtsverbindlicher Text** von der IHRA verabschiedet worden und auch nicht wie ein solcher formuliert. Sie dient dem Monitoring. Sie zum faktisch bindenden Text zu machen, geht gegen ihre Rechtsnatur. Sie ist viel zu unpräzise, um Rechtssicherheit zu erzeugen oder Behördenpraxis zu etablieren. Zudem ist der Status der elf Anwendungsbeispiele, die nicht zur Definition gehören, aber oft mit hinzugezogen werden, völlig unklar.
2. Die Annahme der IHRA-Arbeitsdefinition als Regulierungsinstrument würde teilweise weitreichende verfassungsrechtliche Verwerfungen erzeugen, die nicht überblickt werden können. Insbesondere ist eine darauf gestützte **Behördenpraxis ganz unvorhersehbar**. Erfahrungen aus Kontexten, in denen die IHRA-Arbeitsdefinition als Regulierungsinstrument diente, zeigen, dass sie für erhebliche Einschränkungen von Grundrechten genutzt wird – sehr häufig auch gegen Juden, die die Politik der jeweiligen Regierung Israels kritisieren.
3. Eine Annahme der IHRA-Arbeitsdefinition würde Verstöße gegen höherrangiges Recht, insbesondere das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, nach sich ziehen oder zumindest wahrscheinlich machen. Das betrifft insbesondere das Recht der freien **Meinungsäußerung** und seine Anwendungen etwa im Versammlungsrecht und im politischen Strafrecht. Es betrifft auch die Kunstfreiheit, für die die IHRA-Arbeitsdefinition nicht passt, sowie die Freiheit von Forschung und Lehre.
4. Die IHRA-Arbeitsdefinition zur prinzipiellen Grundlage von **Förderungsrichtlinien** zu machen, ist rechtlich problematisch. Offensichtlich ist das für die Forschungsförderung. Denn die Definition des Antisemitismus ist selbst Gegenstand der Wissenschaft; ihr kann eine bestimmte Definition nicht vorgeschrieben werden. Aber auch bei der Kunstfreiheit fragt sich, ab wann die Kunst nicht mehr „frei“ ist (wie das Grundgesetz fordert), weil eine zu extensive Nutzung der IHRA-Arbeitsdefinition und eine Selbstzensur auch dort eingreifen, wo es die Bekämpfung von Antisemitismus nicht mehr erfordert. Schließlich kann die Meinungsfreiheit betroffen sein, wenn früher in anderem Kontext gemachte Aussagen in die Beurteilung der Förderwürdigkeit mit einbezogen werden.
5. Die IHRA-Definition ist für eine **antidiskriminierungsrechtliche Bekämpfung von Antisemitis-**

mus nicht erforderlich; sie ist teilweise hinderlich für die wirksame Bekämpfung der Diskriminierung von Jüd:innen. Das Antidiskriminierungsrecht kennt keine vergleichbare staatliche Definition von Rassismus, Sexismus oder Homo- und Transphobie.

6. Im **Aufenthalts- und Asylrecht** würde die Implementierung der IHRA-Definition erhebliche Probleme schaffen und kann zu Konflikten mit der Genfer Flüchtlingskonvention führen, die enge Voraussetzungen stellt.

Diese kurze vorläufige Handreichung beschränkt sich auf diese juristischen Fragen; eine inhaltliche Bewertung der IHRA-Arbeitsdefinition nimmt sie nicht vor. Die notwendige ausführliche juristische Beurteilung einer Implementation scheint in Deutschland noch nicht vorgenommen worden zu sein. Anders ist das in der Schweiz, wo zwei Wissenschaftlerinnen im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung des Eidgenössischen Departements des Innern 2020 eine ausführliche Juristische Analyse der von der IHRA angenommenen Arbeitsdefinition von Antisemitismus erstellt und mehrere Problempunkte identifiziert haben.

1. Die IHRA-Arbeitsdefinition als Regulierungsinstrument

Der Kampf gegen Antisemitismus ist wichtig. Die IHRA-Arbeitsdefinition, zu der sich der Bundestag 2019 in einer Resolution bekannt hat und die auch zentral für die NASAS ist, ist eines von mehreren Hilfsmitteln für das Monitoring von Antisemitismus. Nun soll sie nicht nur als Erkenntnis-, sondern auch als Regulierungsinstrument herangezogen werden. Dafür ist sie ungeeignet.

Was Antisemitismus ist, ist eine **umstrittene Frage;** die IHRA-Arbeitsdefinition liefert nur eine von mehreren diskutierten Antworten. Viele Antisemitismusforschende lehnen sie ab. Es gibt wenigstens zwei wissenschaftlich fundierte und unterstützte Alternativvorschläge: die Jerusalem Declaration on Antisemitism, die von mehr als zweihundert einschlägigen Wissenschaftler*innen aus Israel, den USA, Deutschland und anderen Ländern unterzeichnet wurde, sowie das Nexus Document, das vor allem von US-Wissenschaftler*innen entworfen wurde. Aus solchen Gründen verzichtet etwa die US National Strategy to Counter Antisemitism auf eine Festlegung auf eine bestimmte Definition.

Der Deutsche Bundestag kann sich selbst politisch zu einem bestimmten Verständnis von Antisemitismus bekennen. Er kann damit aber nicht amtlich vorschreiben, was in Wirklichkeit Antisemitismus ist. Wird von den Bürgerinnen und Bürgern verlangt, ihr Verhalten an dieses Verständnis anzupassen, so wird die IHRA-Arbeitsdefinition zum **Regulierungsinstrument**. Denn eine vom Staat vorgeschriebene Definition wird selbst zur Vorschrift: Sie beschreibt nicht mehr, was Antisemitismus ist, sondern schreibt vor, was unter Antisemitismus in einschlägigen Tatbeständen zu verstehen ist. Als Vorschrift muss sie grundrechtskonform sein.

Daran ändert nichts, dass die Implementierung in einer **formal nicht bindenden Bundestagsresolution** gefordert oder vorgenommen wird. Denn der Bundestag ist auch in schlichten Parlamentsbeschlüssen an Recht und Gesetz gebunden. Zudem zeigt die Erfahrung mit der BDS-Resolution 2019, dass auch nichtbindende Resolutionen faktisch von Behörden als Entscheidungsgrundlagen herangezogen werden. Damit besteht zum einen die Gefahr, dass Behörden sich auf die Resolution berufen und Entscheidungen treffen, die dann vor Gerichten keinen Bestand haben. Darüber hinaus kann eine solche Resolution einen "chilling effect" erzeugen und damit Rechtsunterworfene zur Selbstzensur, eventuell über das für die Antisemitismusbekämpfung angemessene Maß hinaus, bewegen.

Die IHRA-Arbeitsdefinition war indes bewusst **nicht als bindendes Regulierungsinstrument gedacht**. Sie wurde 2016 von der International Holocaust Remembrance Association ausdrücklich als "non-legally binding", nicht rechtsverbindlich, angenommen. Ihr nun rechtliche Bindungswirkung beizumessen, liefe ihrem Selbstverständnis und der Einigung der IHRA-Mitgliedstaaten zuwider.

Die Arbeitsdefinition **eignet sich auch in ihrer Formulierung nicht als Regulierungsinstrument**. Sie ist dafür viel zu unpräzise. Antisemitismus definiert sie als "bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann". Was diese "bestimmte Wahrnehmung" sein soll, was ihr Bezugspunkt ist, lässt der Text unklar. Zudem ist das bloße "kann" für die Rechtsanwendung untauglich, weil es keine Festlegung zulässt, wann dies zutrifft und wann nicht. Diese vage Formulierung eignet sich womöglich für Monitoring, aber nicht für Regulierung. Sie kann Rechtsunterworfenen wie Rechtsanwendern keine Rechtssicherheit bieten.

Der **Umfang der Arbeitsdefinition ist unklar.** Die

IHRA selbst liefert elf konkrete Anwendungsbeispiele als "Illustration" der Definition. Diese sind nicht Teil der Definition, werden aber trotzdem oft so behandelt. Zudem macht die IHRA mit einer einleitenden Formulierung deutlich, dass nicht jedes Verhalten, das unter ein Beispiel fällt, deswegen schon antisemitisch ist: Die Beispiele "können unter Berücksichtigung des Gesamtkontexts folgendes Verhalten einschließen, ohne darauf beschränkt zu sein". In der Debatte werden die Beispiele schon jetzt häufig so verwendet, als sei jeder darunter fallende Tatbestand automatisch antisemitisch. Die Unklarheit wird noch dadurch vergrößert, dass Bundesregierung und Bundestag bei ihrer Annahme der IHRA-Arbeitsdefinition eines dieser Beispiele mit aufgenommen haben, das Kritik an Israel betrifft, dabei aber den einschränkenden zweiten Satz dieses Beispiels weggelassen und dadurch den Inhalt verändert haben (näher Zechlin, Bl. Dtsch. Int. Polit. 2020, 103).

Der **Fokus der Arbeitsdefinition und insbesondere der meisten Anwendungsbeispiele** liegt auf der Frage, was sogenannter israelbezogener Antisemitismus ist, und vernachlässigt damit andere weit verbreitete Fälle des Antisemitismus. Für die Monitoringfunktion ist das vertretbar, weil es sich hier um die umstrittensten Fälle handelt. Wird sie aber als Regulierungsinstrument eingesetzt, so droht damit eine einseitige Behördenpraxis, die wichtige Bereiche der Antisemitismusbeämpfung vernachlässigt und damit jüdisches Leben nicht umfassend wirksam schützt.

Erfahrungen mit der Anwendung der IHRA-Arbeitsdefinition in anderen Zusammenhängen zeigen, dass sie oft sehr **extensiv eingesetzt wird**, und zwar sehr häufig auch gegen jüdische Gruppen. Ein Bericht des European Legal Support Center vom Juni 2023 listet zahlreiche solcher Fälle auf.

2. Meinungsfreiheit

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ist "schlechthin konstituierend" für die freiheitlich-demokratische Grundordnung (BVerfGE 7, 198, 208 – *Lüth*). Sein Schutzbereich ist entsprechend weit. Nur erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen – wie etwa die Holocaustleugnung – fallen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus. Daher berührt die **IHRA-Definition auch grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungen.** Welche genau, ist aber angesichts ihrer Unschärfe schwer zu bestimmen. Das wird vor allem dann zu einem verfassungsrechtlichen Problem, wenn diese Definition zum Anknüpfungspunkt der Arbeit von Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden gemacht wird. Denn Grundrechtsbeschränkungen müssen das Bestimmtheitsgebot beachten, um verfassungsmäßig zu sein.

Im Lichte der Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit muss zunächst stets geprüft werden, ob die umstrittene Aussage **auch in einem Sinn ausgelegt werden kann, der nicht strafbar oder anderweitig unzulässig ist**. Solche Auslegungen können nur dann ausgeschieden werden, wenn sie sich nach hinreichender Würdigung im konkreten Fall als unplausibel erweisen. Das bedeutet, dass Verhaltensweisen, die unter Beispiele zur IHRA-Definition fallen und danach "unter Berücksichtigung des Gesamtkontexts" als antisemitisch gelten "können", nicht schon an sich als antisemitisch angesehen werden dürfen, sondern es grundrechtlich geboten ist, mögliche weitere Aussagegehalte zu ermitteln. Die *rechtliche* Einschätzung von Äußerungen muss somit nach Maßgabe der Meinungsfreiheit deutlich vorsichtiger ausfallen als ihre *politische* Einordnung. Das gilt auch für auslegungsfähige Slogans wie "From the river to the sea"; dessen *mögliche* Auslegung als bloße Forderung nach Demokratie und Gleichberechtigung muss *rechtlich* zugrunde gelegt werden, wenn sie nicht im konkreten Fall völlig unplausibel ist. Diese Maßstäbe sind auch bei der Anwendung des Begriffs "antisemitisch" im Gesetz zu beachten (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; geplant in § 10 StAG durch das StARModG, Drs. 20/9044).

Beschränkungen der Meinungsfreiheit sind nach Art. 5 Abs. 2 GG in Form "allgemeiner Gesetze" möglich. Ausgeschlossen sind damit **Beschränkungen, die sich gegen eine bestimmte politische Auffassung richten**. Die einzig anerkannten Ausnahmen betreffen die Holocaust-Leugnung (§ 130 Abs. 3 StGB; dort bereits Schutzbereichsausschluss, s.o.) und die öffentliche Billigung von Gewaltverbrechen des Nationalsozialismus (§ 130 Abs. 4 StGB). Mit dem Erfordernis eines "allgemeinen Gesetzes" wäre es daher nicht vereinbar, bestimmte Äußerungen im Sinne der IHRA-Definition von vornherein unter Strafe zu stellen oder sonst zu verbieten, beispielsweise die Ablehnung des Existenzrechts Israels.

Das Erfordernis der "Allgemeinheit" von Beschränkungen der Meinungsfreiheit gilt auch für den **Zugang zu öffentlichen Einrichtungen**. Der Stadtrat München hat im Dezember 2017 Organisationen und Personen (Redne-

rinnen und Redner, Künstlerinnen und Künstler), die sich – wie auch immer – mit den Inhalten, Themen und Zielen der BDS-Kampagne befassen wollen oder sich in der Vergangenheit dazu positiv geäußert haben, generell von der Nutzung städtischer Räume in München ausgeschlossen. Auch die Nutzung solcher Räume zur Diskussion dieses Stadtratsbeschlusses wurde untersagt. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG 8 C 35.20 – Urteil vom 20. Januar 2022) hat diese Verweigerung städtischer Räume als eine Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit aufgehoben.

In diesem Zusammenhang wird auch das Erfordernis der Abgabe eines **Bekenntnisses** zu bestimmten politischen Auffassungen als Voraussetzung für die Erteilung einer staatlichen Leistung oder sonstiger Verwaltungsakte jenseits eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung in der Regel im Widerspruch zur negativen Meinungsfreiheit – der Freiheit, eine spezifische Meinung *nicht* zu äußern – stehen (vgl. *Langer*, Von der Treue der Bürger zur Verfassung, 2023, S. 225 ff., 274 ff.; *Fahrner*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2023, S. 113 ff.), etwa, wenn im Rahmen einer **Einbürgerung** ein Bekenntnis zum Existenzrecht Israels verlangt würde.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 124, 300 – *Wunsiedel*, Rn. 49 m.w.N.) erzwingt das Grundgesetz keine Werteloyalität, auch wenn es auf der Erwartung fußt, dass die Bürger:innen die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen. Daher mag in Deutschland die Einforderung des Bekenntnisses zum Existenzrecht Israels aus historischen Gründen politisch angebracht sein, der souveräne Staat Israel hat im Grundgesetz aber keinen besonderen Verfassungsstatus erhalten.

Beschränkungen zum **Schutz anderer Rechtsgüter** bleiben möglich, erfordern aber eine Abwägung konkreter Schutzgüter, wobei wiederum der hohe Stellenwert des Grundrechts der Meinungsfreiheit beachtet werden muss. Die Berufung auf eine Staatsräson genügt nicht; dies wäre ein vorkonstitutionelles Argument (vgl. VG Frankfurt, Beschluss v. 20.10.2023, 5 L 3313/23.F: "Die Wahrnehmung von Grundrechten steht **nicht unter dem Vorbehalt einer Staatsräson**"). Möglich sind dagegen Beschränkungen zum **Schutz des öffentlichen Friedens**, wenn bestimmte Äußerungen ihrem Inhalt nach erkennbar auf das Hervorrufen rechtsgutsgefährdender Handlungen angelegt sind. Nicht rechtskonform ist es allerdings, etwa unter Bezug auf die IHRA-Definition, einer bestimmten Gruppe von Äußerungen kontextunabhängig ein solches Gefährdungspotential pauschal zuzuschreiben.

Möglich – und im Einzelfall sogar geboten – ist insbesondere die Beschränkung von Meinungsäußerungen, wenn diese die **Persönlichkeitsrechte oder Menschenwürde** einer anderen Person verletzen. Dies kann gerade bei antisemitischen Äußerungen der Fall sein. Hier können sich auch antidiskriminierungsrechtliche Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ergeben. Die Breitenwirkung einer Äußerung kann zudem ihr Gewicht verstärken. Dabei schlägt allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gruppenbezogene Äußerung nicht in jedem Fall auf die Persönlichkeitsrechte Einzelner durch (BVerfGE 93, 266 – *"Soldaten sind Mörder"*). Hier gebietet Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zudem eine **kontextgeprägte Einzelfallabwägung**, die nur in eng begrenzten Fällen entfallen darf: bei Formalbeleidigungen (z.B. Fäkalsprache), bei Schmähkritik (d.h. wenn jeglicher, auch der geringste Sachbezug fehlt) oder bei eindeutigen Verletzungen der Menschenwürde (z.B. beim rassistischen Vergleich eines Menschen mit einem Tier). Ob ein solcher Fall vorliegt, erfordert wiederum eine genaue Einzelfallprüfung. Sollen dagegen die IHRA-Definition und insbesondere die dort genannten Beispiele zum unmittelbaren Anknüpfungspunkt von Beschränkungen gemacht werden, fehlt genau diese Abwägung.

Diese Grundsätze wirken sich auch im Versammlungsrecht aus. So kann etwa eine **Versammlung** grundsätzlich nicht nur deshalb beschränkt oder gar verboten werden, weil auf ihr unter die IHRA-Definition fallende, aber grundrechtlich geschützte Äußerungen getätigt werden. Vielmehr bedarf es dafür einer eingehenden Abwägung mit den konkret betroffenen Rechtsgütern, insbesondere dem öffentlichen Frieden, den Persönlichkeitsrechten und der Menschenwürde.

Mit Volksverhetzung oder Schmähkritik wird der Freiraum überschritten, den die Grundrechte gewährleisten. Das ist auch im Wege der Abwägung nicht zu rechtfertigen. In anderen Fällen ist jedoch die jeweilige Äußerung im Kontext sehr genau zu prüfen – und pauschale Verbote sind dann auch immer grundrechtlich problematisch.

Bei alledem ist die **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte** (EGMR) zu Art. 10 EMRK zu beachten, die ebenfalls eine genaue Abwägung erfordert. So durfte etwa ein russischer Zeitungs-

herausgeber für die Verbreitung antijüdischer Verschwörungstheorien („zionistisch-faschistische Führerschaft des Judentums“) wegen Anstachelung zum Rassen- und Religionshass strafrechtlich belangt werden (Pavel Ivanov/Russland, Nr. 35222/04, Urteil vom 20.02.2007). Dagegen hat der EGMR in der Rechtssache “Baldassi u.a. gg. Frankreich” (Nr. 15271/16, Urteil vom 11.06.2020), die einen Aufruf zum Boykott israelischer Produkte im Rahmen der BDS-Kampagne betraf, einstimmig ein gesetzliches Verbot jeglicher Boykottaufrufe ohne Prüfung ihres Gehalts, ihrer Gründe und ihrer Umstände für unverhältnismäßig und daher menschenrechtswidrig erklärt. Eine eingehende Prüfung sei gerade angesichts dessen erforderlich, dass die Aufrufe “einen Gegenstand von öffentlichem Interesse, nämlich die Achtung des Völkerrechts durch den israelischen Staat und die Menschenrechtssituation in den besetzten palästinensischen Gebieten [betrafen] und sich in eine zeitgenössische Debatte ein[betteten], die in Frankreich und der gesamten internationalen Gemeinschaft eröffnet worden war.” Der Gerichtshof habe “bei zahlreichen Gelegenheiten betont, dass Art. 10 Abs. 2 EMRK kaum Raum für Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit im Bereich der politischen Rede oder von Fragen von allgemeinem Interesse lässt” (Rn. 78). Dies bedeutet, dass die Beispiele aus der IHRA-Definition sich überwiegend nicht als Grundlage für strafrechtliche Verbote eignen.

3. Kunstfreiheit

Die Kunst ist gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG frei. Der Sinn dieser Garantie „ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden [...] Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. [...] Über die ‚Richtigkeit‘ seiner Haltung gegenüber der Wirklichkeit kann nur der Künstler selbst entscheiden. Insofern bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das **Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken**“ (BVerfGE 30, 173, 190 – *Mephisto*). Ein Grund für diesen schon früh in der *Mephisto*-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1971 abgesteckten Freiraum liegt in der **Uneindeutigkeit künstlerischer Aussagen**. Die „Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts“ mache es möglich, „der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“ (BVerfGE 67, 213, 227 – *Anachronistischer Zug*).

Schon in diesen Grundgedanken wird deutlich, wie sensibel öffentliche Institutionen bei Versuchen vorgehen müssen, auf künstlerische Tätigkeiten „einzuwirken“. Das gesellschaftliche Funktionssystem „Kunst“ ist zwar in vielfältiger Weise mit Politik, Ökonomie, Moral u.a. verbunden, muss dabei aber seine Autonomie erhalten. Deshalb findet die Kunstfreiheit nicht wie die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 (Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Rundfunkfreiheit) ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2), sondern nur in der Verfassung selbst. Das hat zur Folge, dass alles, was zur Meinungsfreiheit ausgeführt worden ist (kontextabhängige Interpretation, bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten Wahl der grundrechtsfreundlichen Auslegung, keine Beschränkungen gegen bestimmte politische Auffassungen und keine Abforderung von Bekenntnissen zu derartigen Auffassungen), **„erst recht“ für die Kunstfreiheit gilt** (vgl. *Papier*, VerfBlog, 28.3.2023). In dem so abgesteckten Schutzbereich der Kunstfreiheit können Strafverfolgungsbehörden, Förderinstitutionen oder Förderempfänger nicht auf die IHRA-Arbeitsdefinition als rechtlich verbindliches Regulierungsinstrument verpflichtet werden.

Deutlich wird dies für den Bereich **staatlicher Eingriffe** in der Entscheidung der Staatsanwaltschaft Kassel vom 12.04.2023 (Az. 1622 Js 2324/22), kein Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit den Antisemitismusvorwürfen gegenüber der Documenta 15 aufzunehmen. Die Staatsanwaltschaft sah die Grenze der Kunstfreiheit erst bei einem strafrechtlich relevanten Rechtsbruch, der jedoch nicht festgestellt werden konnte. Hätte die Staatsanwaltschaft ihre Vorermittlungen nach der IHRA-Definition aufnehmen müssen, wäre sie in die Nähe einer rechtsstaatswidrigen Gesinnungsüberprüfung geraten. Das ist aus guten Gründen in Deutschland verfassungsrechtlich nicht möglich: „Art. 5 Abs. 1 und 2 GG erlaubt nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Fürrichtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen.“ (BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 2018,- 1 BvR 2083/15 – , Rn. 17)

Zwar gibt es keinen Anspruch auf staatliche Kunstförderung, doch wird dadurch der Bereich der **staatlichen Kunstförderung** nicht zum rechtsfreien Raum. So

folgt aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zunächst, dass sich im Kunstleben betätigende Personen und Richtungen nicht von vornherein und schlechthin von staatlichen Förderungsmaßnahmen ausgeschlossen werden dürfen (*Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 146). Dies gilt insbesondere, wenn die Auswahl zu einer Selektion nach diskriminierenden Kriterien führt, die Art. 3 Abs. 3 GG bei allem staatlichen Handeln untersagt (VG Schleswig, 26.02.2021, Az. 9 A 35/19, Rn. 30; *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 190). Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Benachteiligung wegen der Rasse und wegen religiöser und politischer Anschauungen untersagt. Nach dem oben zur Meinungsfreiheit Ausgeführten wäre es daher problematisch, die IHRA-Arbeitsdefinition zum Maßstab für Förderentscheidungen zu machen. Das gilt insbesondere, soweit die Beschränkung nicht den *Inhalt* des jeweiligen Projekts betrifft, sondern generell die politischen *Ansichten* der zu Fördernden als Auswahlkriterium heranzieht.

Schon jetzt ist zu beobachten, dass Kulturorganisationen proaktiv selbst Künstler und Kuratoren wegen ihrer Ansichten ausladen, weil sie befürchten, für deren Ansichten verantwortlich gemacht zu werden – so in jüngster Zeit bei der Biennale für Fotografie der bangladeschische Kurator Shahidul Alam und im Saarlandmuseum die jüdisch-südafrikanische Künstlerin Candice Breitz. Darin erkennt man einen auch grundrechtlich problematischen *chilling effect*, eine **Tendenz zur vorauseilenden Selbstzensur** (vgl. dazu BVerfGE 83, 130 (145f.) – *Josefine Mutzenbacher*).

Insgesamt stellen sich hier drei Probleme der IHRA-Arbeitsdefinition als Kriterium der Förderungswürdigkeit. Erstens reicht die IHRA-Arbeitsdefinition, insbesondere wenn man die elf Beispiele miteinbezieht, inhaltlich sehr weit; ihre Implementation würde daher **Kulturinstitutionen erheblich beschränken**. Zweitens bedeutet die inhaltliche Unbestimmtheit der IHRA-Arbeitsdefinition, dass **keine Rechtssicherheit** für Kulturinstitutionen mehr besteht. Bisherige Förderrichtlinien enthielten so weitreichende Einschränkungen aus guten Gründen nicht. Drittens bedürften derartige Einschränkungen wohl **eines formellen Gesetzes** und dürften nicht allein auf administrativer Ebene umgesetzt werden (vgl. *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 73).

4. Wissenschaftsfreiheit

Die IHRA-Arbeitsdefinition für „Förder- und Vergabeentscheidungen" zugrunde zu legen sowie „Förderungsempfänger dazu aufzurufen, diese Definition zu übernehmen" wirft **Probleme in Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit** (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) auf. Forschenden wird eine staatliche Antwort auf eine wissenschaftlich umstrittene Frage vorgegeben, die zu erforschen gerade Kern ihrer verfassungsrechtlich abgesicherten Forschungsfreiheit ist. Das steht nicht nur der Wertentscheidung des Grundgesetzes entgegen, wonach Wissenschaft ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung sein soll (BVerfGE 127, 87, 115, Rn. 90; 139, 148, 182, Rn. 68). Es widerspricht auch dem vom Bundesverfassungsgericht formulierten Gedanken, dass „eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsvorstellungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient" (BVerfGE 127, 87, 115; 128, 1, 87; 136, 338 Rn. 56).

Gerade in einer durch Drittmitteldruck geprägten Wissenschaftslandschaft kann eine solche Vorgabe erheblichen Einfluss auf Forschungsentscheidungen entfalten. Auch wenn Forschende grundsätzlich keinen subjektiven Anspruch auf staatliche Förderung haben, so ist der Staat nicht völlig frei darin, welche Kriterien er bei seinen Förderentscheidungen anlegt. Als *politische Gestaltungsentscheidung* kann er zwar Förderschwerpunkte setzen, unterliegt dabei aber – wie auch bei anderen Verteilungsentscheidungen – **rechtlichen Bindungen**. So dürfte beispielsweise kein Kriterium angelegt werden, das gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstößt. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Hinblick auf die politische Konditionalisierung von Förderentscheidungen im Kontext der Religionsfreiheit entsprechend einen Sachzusammenhang zwischen Förderzweck und Konditionalisierung gefordert und dafür hohe Rechtfertigungshürden aufgestellt, da die „Versagung der begehrten Förderung im Falle der Nichtabgabe" entsprechender Konformitätserklärungen ein Grundrechtseingriff sei (BVerwG, Urt. v. 6.4.2022, 8 C 9.21, DÖV 2023, 36; hierzu: *Burgi/Promberger*, DÖV 2023, 881 ff. und *Waldhoff*, JuS 2022, 983 ff.).

Entsprechend ist auch in Hinblick auf die Übernahme der IHRA-Arbeitsdefinition als Zuteilungsparameter davon auszugehen, dass es sich hierbei **nicht um ein zulässiges wissenschaftsadäquates Differenzierungs-**

kriterium handelt. Weder ist die IHRA-Arbeitsdefinition ein wissenschaftlich anerkanntes Referenzkriterium – im Gegenteil: die Definition ist, wie oben dargestellt, erheblicher Kritik ausgesetzt –, noch lässt sich eine Verpflichtung auf die IHRA-Arbeitsdefinition aus dem Grundgesetz ableiten.

Neben diesen rechtlichen Bindungen ist es dem Staat verfassungsrechtlich auch untersagt, Forschungsergebnisse vorzugeben oder Forschende auf Fragestellungen und Methoden zu verpflichten (vgl. zum Schutz der freien Wahl von Fragestellung und Methodik BVerfGE 35, 79, 113). Das gilt sowohl für unmittelbare als auch für mittelbare **staatliche Einwirkungen auf die Forschung**. Die staatliche Forschungsförderung von einer Übernahme der IHRA-Arbeitsdefinition durch Forschende abhängig zu machen, läuft jedoch genau auf eine solche Form staatlichen Einflusses auf Fragen des Forschungsdesigns hinaus. Weder die Entwicklung von Forschungsfragen und -methoden noch internationale Forschungskooperationen lassen sich unter diesen Bedingungen in einer Art und Weise verfolgen, die der grundgesetzlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit entspricht.

5. Antidiskriminierungsrecht

Die Implementierung der IHRA-Definition ist für eine antidiskriminierungsrechtliche Bekämpfung von Antisemitismus nicht nötig; sie ist teilweise hinderlich für die wirksame Bekämpfung der Diskriminierung von Jüd:innen.

Das **Diskriminierungsverbot wegen der Rasse** (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) ist rechtlicher Ausgangspunkt der Bekämpfung von Antisemitismus. Ins geltende Antidiskriminierungsrecht übersetzt bedeutet Antisemitismus „Rassismus gegenüber Jüd:innen“. Hierüber herrscht angesichts des historischen Entstehungskontextes verfassungsdogmatisch Einigkeit, wurde Art. 3 Abs. 3 GG doch **gerade als Reaktion auf die völlige Rechtlosstellung jüdischen Lebens in Deutschland und den Holocaust** verfasst. Diese Deutung steht auch im Einklang mit der völkerrechtlichen Definition von rassischer Diskriminierung in Art. 1 Abs. 1 ICERD und der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG der EU.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse **reicht aus**, um gegen antisemitische Äußerungen vorzugehen. Antizionistische oder israelkritische Aussagen etwa, die diskriminierend antisemitisch sind, sind damit sanktionierbar, wie der EGMR in dem schon oben genannten Fall (Pavel Ivanov/Russland, Nr. 35222/04) zeigt.

Eine gesonderte Definition von Antisemitismus würde zu einer **Hierarchisierung und Fragmentierung im Antidiskriminierungsrecht** führen, die für die Bekämpfung von Rassismus und Antisemitismus insgesamt kontraproduktiv wäre. So werfen die jüngst erfolgte Ergänzung des „antisemitischen“ Beweggrundes in § 46 Abs. 2 StGB, einer Norm, die bereits „rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ Beweggründe enthielt, und die Unterscheidung zwischen „rassistischen und antisemitischen Zuschreibungen“ in § 2 Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz die Frage auf, ob nicht auch Antiziganismus und Islamophobie explizit aufgezählt werden müssen, um den völkerrechtlich gebotenen Schutz vor Rassismus jeweils sicherzustellen. Mit jeder weiteren Ausdifferenzierung aber verliert das Verbot rassistischer Diskriminierung an Kontur, und das deutsche Antidiskriminierungsrecht läuft Gefahr, **den Anschluss an den internationalen und europäischen Rechtsdiskurs zu verlieren.** Diese Fragmentierung droht das Niveau des Schutzes vor rassistischer Diskriminierung zu senken.

6. Aufenthalts- und Asylrecht

Auch aufenthaltsrechtlich wirft die Implementierung der IHRA-Definition Probleme auf, etwa wenn antisemitisches Verhalten zu **aufenthaltsbeendenden Maßnahmen** führen soll. Das Europarecht erfordert, dass in jedem Fall zwischen Ausweisungs- und Bleibeinteressen abzuwägen ist. Dies ist besonders anspruchsvoll, wenn es an einer strafrechtlichen Verurteilung fehlt. Ausweisungen sind beispielsweise bei öffentlichem Aufrufen zu Hass gegen Teile der Bevölkerung, aber auch bei Verstößen gegen nicht strafbewehrte Rechtsvorschriften oder behördliche Verfügungen möglich (§ 54 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 Nr. 9 1. Alt. AufenthG). Im ersten Fall ist auch die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder eine Einbürgerung ausgeschlossen, selbst wenn in der Abwägung im Einzelfall das Bleibeinteresse überwiegt (§ 5 Abs. 4 AufenthG, § 11 Satz 1 Nr. 2 StAG). Den Ausländerbehörden fehlt in diesen Fällen nicht nur eine klare Orientierung durch eine strafrechtliche Verurteilung. Mit der IHRA-Arbeitsdefinition hätten sie ihren weitreichenden Maßnahmen zudem eine sehr unklare Definition zugrunde zu legen, deren rechtssichere und europarechtskonforme Anwendung sie vor ganz erhebliche Herausforderungen stellen würde.

Sollen Personen bei Verurteilung wegen antisemitischer Straftaten von der Flüchtlingsanerkennung ausgeschlossen werden, kann dies zu einem **Konflikt mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)** führen. Nach Art. 1F (b) GFK führen nicht jegliche Straftaten, sondern nur "schwere nichtpolitische Straftaten" zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft. "Nichtpolitisch" bedeutet nach Ansicht des UNHCR, dass "andere Motive, wie persönliche Gründe oder Interessen dominieren"; umgekehrt kann eine Straftat aber nur dann als politisch gelten, wenn sie kein extremes menschliches Leid verursacht (z.B. durch Terroranschläge) und wenn das politische Ziel "mit der Ausübung der Menschenrechte vereinbar" ist (UNHCR, Executive Committee, Note on the Exclusion Clauses, UN Doc. EC/47/SC/CRP.29 (1997); Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/GIP/03/05 (2003), para. 15.)

Selbstverständlich ist das Ziel der Vernichtung von Jüdinnen und Juden mit der Ausübung der Menschenrechte unvereinbar. Die sehr weite IHRA-Definition läuft jedoch Gefahr, auch solche politischen Äußerungen zu erfassen, die nach dem internationalen Recht mit der Ausübung der Menschenrechte vereinbar sind. In solchen Fällen wäre ein Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung nicht mit der GFK vereinbar und daher völkerrechtswidrig.

Tessa Hillermann, Charlotte Jawurek, Friederike Pfeifer, Luisa Schneider, Julian Senders

Gesucht: Straßenverkehrsrecht für die Zukunft

doi: 10.17176/20231208-094901-0

Mit der am 24. November im Bundesrat gescheiterten Novelle des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) und der darauf aufbauenden Straßenverkehrsordnung (StVO) bleibt es beim verkehrsrechtlichen Stillstand. Das Chaos im deutschen Straßenverkehrsrecht hätte die Novelle nicht beseitigt, aber immerhin einen kleinen Reformschritt bedeutet: Sie hätte Kommunen zum Beispiel straßenverkehrsrechtliche Anordnungen aus Gesundheits-, Klima-, Umweltschutz- und städtebaulichen Gründen ermöglicht, ohne sie (jedenfalls theoretisch) weiter an eine Gefahrenlage zu binden (dazu hier). Eine systematische und zukunftsfähige Neuaufstellung des Straßenverkehrsrechts steht aus.

Im Kontext des aktuellen verkehrspolitischen Diskurses in Deutschland, in dem kommunale Koalitionen an der Frage einer autoarmen Innenstadt zerbrechen, ist der Stopp der Novelle wenig überraschend. Für die Ampel-Regierung kommt das Scheitern aber zur Unzeit: Einerseits ist sie mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Klima- und Transformationsfonds unter Druck geraten, weil nun die Finanzierung vieler Klimaschutzprojekte auf der Kippe steht. Gleichzeitig attestierte das OVG Berlin-Brandenburg der Bundesregierung vor wenigen Tagen einen Verstoß gegen das Klimaschutzgesetz und verpflichtete sie dazu, ein Sofortprogramm zu beschließen, das die Einhaltung der Klimaziele in den Sektoren Gebäude und Verkehr sicherstellt (dazu hier).

Kehrtwende statt Mobilitätswende

Dass die StVG-Novelle nun im Bundesrat abgelehnt wurde, kam plötzlich. Erst im März und Oktober 2023 hatte die Verkehrsminister*innenkonferenz parteiübergreifend Beschlüsse über die notwendige praxisgerechte Modernisierung des Straßenverkehrsrechts verabschiedet. Insbesondere begrüßte die Konferenz die Novelle und darin "neben der Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs die Ziele des Klima- und Umweltschutzes, der Gesundheit und der städtebaulichen Entwicklung zu berücksichtigen, um Ländern und Kommunen Entscheidungsspielräume zu eröffnen."

Am 24. November folgte die Kehrtwende: Laut Medienberichten befürchteten nun eine Reihe von Bundesländern (hier aufgeführt), dass die Ziele der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs aufgeweicht würden, wenn weitere Ziele wie der Klimaschutz in StVO und StVG hinzukämen. Schlüssig ist diese Begründung nicht: Der Schutzzweck der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs wäre durch die Novelle gar nicht unter Druck geraten.

Eine Reform, die keine war

Die angekündigte Novellierung war dabei schon im Ansatz eine Reform, die keine war. Nach der Gesetzesbegründung der Bundesregierung zur Novelle des Straßenverkehrsgesetzes (StVG-E) sollten Länder und Kommunen mehr Entscheidungsspielraum bei Anordnungen erhalten. Bisher ist dieser dadurch begrenzt, dass das Straßenverkehrsrecht des Bundes fast ausschließlich auf die Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ausgerichtet ist. Mit der Novelle sollten, wichtiger noch, die Ziele von Klima- und Umweltschutz, Gesundheitsschutz und der städtebaulichen Entwicklung "gleichberechtigt" neben diese bisherigen Ziele treten (so schon im Koalitionsvertrag, S. 52).

Doch der Reihe nach: Der neue § 6 Abs. 4a StVG-E sollte die bestehenden Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen erweitern. Letztere sollten nicht mehr nur auf den Abgas- und Lärmschutz sowie die Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StVG) gestützt werden können, sondern darüber hinaus auf Umwelt- und Klimaschutz und den Gesundheitsschutz.

Überraschend folgt ein Passus, wonach die Rechtsverordnungen und auf ihnen beruhenden Anordnungen neben der Verbesserung des Umwelt- und Gesundheitsschutzes usw. die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs berücksichtigen müssen (§ 6 Abs. 4a Satz 3 StVG-E). Dies verwirrt, denn eine umgekehrte Berücksichti-

gungspflicht für Anordnungen, die auf die Verkehrssicherheit gestützt werden, ist weiterhin nicht vorgesehen. Auch wenn dies systematisch gegen eine Gleichstellung spricht, mag man dies noch als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstehen, wie dies nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern auch im Rahmen der Sachverständigenanhörung getan worden ist (so Ringwald, Stellungnahme vom 16.10.2023, S. 5).

Der auf dieser Grundlage entstandene StVO-Entwurf ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, von einer Gleichstellung der Ziele aber noch weit entfernt. Zwar ist die Einrichtung von Bus-Sonderfahrstreifen sowie die Bereitstellung angemessener Flächen für den fließenden und ruhenden Fahrradverkehr und den Fußverkehr aus den neu hinzugekommenen Gründen erlaubt und von den sehr hohen Anforderungen an eine qualifizierte Gefahrenlage i.S.d. § 45 Abs. 9 Sätze 1, 3 StVO ausgenommen (§ 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, Abs. 10 StVO-E).

Doch für alle weitergehenden Belange der Verkehrsberuhigung und gerechteren Flächenaufteilung – etwa Kiezblocks, Parklets, Entsiegelung und Begrünung – bleibt die Rechtslage unverändert. Selbst die Anordnungsbefugnisse für Tempo-30 (§ 45 Abs. 9 Satz 4 Nr. 4, 6 StVO-E) sollten eher punktuell erweitert werden – und immer noch unter dem Dogma einer erhöhten Gefahr für Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs stehen. Dies verstärkt den Gesamteindruck, dass die Reform eher notdürftiges Flickwerk ist, anstelle das Straßenverkehrsrecht systematisch und zukunftsverträglich neu zu strukturieren. Mit seinen über 20 Absätzen ist § 45 StVO für die Rechtsanwendung kaum noch handhabbar. Dazu passt es, dass der Verordnungsgeber davon absehen will, die Vision Zero, also das Ziel, dass sich keine Verkehrsunfälle mit schweren Personenschäden ereignen, in die StVO aufzunehmen (in der Verwaltungsvorschrift zur StVO ist sie seit 2021 verankert).

Hartnäckige Auto-Grundlogik hält Reformschritten stand

Die Ziele der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs hatten in der Vergangenheit oft eine klare Priorität: einen möglichst flüssigen und ungestörten motorisierten Verkehr zu ermöglichen. Besonders das Merkmal der "Leichtigkeit" wird daher von Befürworter*innen der Mobilitätswende kritisch gesehen – sich an dem Begriff festzubeißen, greift jedoch heutzutage zu kurz (Sauthoff, NordÖR 2023, 8(9)). So ist höchstrichterlich bereits klargestellt, dass das Straßenverkehrsrecht Leben und Gesundheit aller Verkehrsteilnehmer*innen schützt und dass Beschränkungen des fließenden Radverkehrs als Beeinträchtigung der "Leichtigkeit des Radverkehrs" ebenfalls besonders begründungsbedürftig sind (BVerwG 3 C 42.09).

Die Hoffnung, dass unbestimmte Rechtsbegriffe wie die Leichtigkeit höchstrichterlich erneut verhandelt und die teils aus den 60ern und 70ern stammenden Rechtssätze im Rahmen der Auslegung ein Update erfahren, ist fallabhängig und für die notwendige Transformation vermutlich zu langsam. Jenseits von den aktuellen Reformüberlegungen zeigt sich im Straßenverkehrsrecht außerdem ein auch in zeitlicher Hinsicht fehlender Gleichlauf der Rechtsquellen, die in Zukunft adressiert werden müsste: Bereits mit der StVO-Novelle von 2020 mit Fokus auf Car-Sharing und Radverkehr sollte das Straßenverkehrsrecht an veränderte Mobilitätsgewohnheiten und das Ziel der Mobilitätswende angepasst werden. Die Begründung berücksichtigte Verkehrssicherheit für Fuß- und Radverkehr und die explizit klima- und umweltbezogene Zielsetzung, den motorisierten Individualverkehr zugunsten von Radverkehr, Car-Sharing und öffentlichen Verkehrsmitteln zu reduzieren (BR-Drs. 591/19).

Die Verwaltungsvorschrift (VwV-StVO) enthält seit 2021 das Ziel der "Vision Zero", und verknüpft Verkehrssicherheit mit Aspekten der Mobilitätswende: Sie stellt die Verkehrssicherheit aller Verkehrsteilnehmer*innen dezidiert über die Flüssigkeit des Verkehrs und fordert besondere Aufmerksamkeit für den ÖPNV. In Bezug auf die Einrichtung von Busspuren verbindet die VwV-StVO außerdem zwei Ziele: Busspuren dienen demzufolge zugleich Sicherheit und Ordnung des Verkehrs und fördern den Umweltverbund gegenüber dem motorisierten Individualverkehr. Und nicht zuletzt rückt die VwV-StVO auch bei Fahrradstraßen ein Stück von der rein reaktiv-sicherheitsorientierten Anordnung ab: Sie erfordert nicht mehr zwingend, dass der Radverkehr bereits vorherrscht – eine Hürde, die in vielen autogerecht geplanten, für Radverkehr gefährlichen Straßen kaum zu überwinden war. Stattdessen darf auch erst mit der Anordnung erreicht werden, dass der Radverkehr zum wichtigsten Verkehrsmittel auf der fraglichen Strecke wird.

Leider können diese und andere Anpassungen in StVO und VwV-StVO nicht zuverlässig zu einer mobilitätswendegerechten Anwendung führen – denn sie sind nur vom

Gesetz abgeleitet und dürfen seine Ermächtigungsgrundlagen nicht überschreiten.

Zwar hat § 6 StVG bisher seine kraftfahrzeugorientierte Grundlogik auch in seiner letzten, strukturell deutlich sichtbaren Überarbeitung beibehalten (BT-Drs. 19/28684; BGBl. I 2021, 3091). Aber § 6 Abs. 1 Nr. 8 StVG – abgebildet in § 45 Abs. 1b Nr. 5 StVO – ermöglicht schon seit 1980 Anordnungen "zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung". Planung ist also doch neben der Sicherheit möglich. Wenn auch nicht ohne Voraussetzungen – u.a. muss das Plankonzept zeitlich vor der Anordnung vorliegen (BVerwG, B. v. 8.12.20211 – 3 B 43.11).

Das zeigt: Auslegungsfragen und Inhalte der § 6 StVG, § 45 StVO und der zugehörigen VwV-StVO sind im Fluss und ändern sich in rascher Folge und untereinander ungleichzeitig. Dass der § 6 StVG als Grundlage nun bestimmte in StVO und VwV-StVO bereits in Ansätzen integrierte Schritte durch das Scheitern der Reform nicht mitgeht, führt auch innerhalb des Straßenverkehrsrechts zu Mehrdeutigkeiten und gefährdet die Rechtsklarheit.

Klimawandel kennt keine (Rechtsgebiets-)Grenzen

Dabei muss – und kann – eine Reform des StVG und der StVO Belange des Klimaschutzes und der Mobilitätswende integrieren. Das ist nicht nur die Haltung der Bundesregierung im Koalitionsvertrag, sondern folgt notwendigerweise auch aus den Vorgaben zur Reduktion von CO2-Emissionen in § 4 KSG, die der Verkehrssektor schon seit Jahren verfehlt.

Ein Verweis auf andere Klimaschutzbelange enthaltende Rechtsquellen reicht dabei schlicht nicht aus, um eine zielkonforme Rechtsanwendung zu gewährleisten. Die weiterhin im Straßenverkehrsgesetz verankerte kraftfahrzeugorientierte Grundlogik einerseits und der zwischenzeitlich äußerst kleinteilige Bestand an Judikatur, Rechtsquellen und Verwaltungsvorschriften andererseits erschwert eine konsistente Anwendung und sorgt dafür, dass nach wie vor – nachvollziehbar angesichts knapper Zeit und komplexer Materie – weiter in sicher wirkenden Pfaden entschieden wird. Klimaschutzbelange, also beispielsweise Priorisierung des Umweltverbunds und Entsiegelung von Flächen, und städtebauliche Aspekte gehören jedoch dringend in die zukünftige Rechtsanwendung und müssen zusammengedacht werden. Sie stehen der Verkehrssicherheit nicht entgegen, sondern können mit ihr zusammenwirken, da Maßnahmen, die die Verkehrssicherheit erhöhen, häufig auch klimaschutzfördernd sind (Tempo-30-Zonen, Spuren für Fahrrad und ÖPNV).

Dabei macht der Klimawandel nicht vor Rechtsgebietsgrenzen Halt: Die Frage, welche Anteile einer naturgemäß endlichen Verkehrsfläche welchen Mobilitätsformen zukommen sollen, ist nicht nur durch das Straßenverkehrsrecht und nicht nur unter Sicherheitsaspekten zu beantworten. Kommunale Planungsentscheidungen auf Grundlage des Landesstraßenrechts und des Städtebaurechts gehören dazu. Es bedarf daher eines umfassenden und gebündelten Ansatzes, diese Aspekte per Gesetz berücksichtigungsfähig zu machen (siehe UBA-Kurzpapier). Nicht zuletzt verlangen die Schutzpflicht aus Art. 20a GG und die Pflicht zur intertemporalen Freiheitssicherung, für die Behörden die entsprechenden Spielräume zu schaffen (siehe auch § 13 KSG).

So könnten auch die seit 20 Jahren klaffenden Lücken zum Städtebaurecht geschlossen werden. Das Baugesetzbuch adressiert bereits seit 2004 "die Belange des Personen- und Güterverkehrs und der Mobilität der Bevölkerung, einschließlich des öffentlichen Personennahverkehrs und des nicht motorisierten Verkehrs, unter besonderer Berücksichtigung einer auf Vermeidung und Verringerung von Verkehr ausgerichteten städtebaulichen Entwicklung" (§ 1 Abs. 6 Nr. 9 BauGB).

Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht einem weitergehenden, gesamtheitlichen Ansatz jedenfalls nichts entgegen. Der Bund kann sowohl für die vorerst vereitelte StVG-Novelle als auch für wünschenswerte weitergehende gesetzliche Neuerungen im Bereich des Straßenverkehrsrechts von den Kompetenztiteln der konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch machen, insbesondere von Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 und 24 GG, die den Straßenverkehr, die Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung umfassen. Die Regelungskompetenz beschränkt sich nicht auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, sondern erstreckt sich vielmehr auch auf alle anderen vom Straßenverkehr betroffenen Belange, allen voran den Gesundheits- und Umweltschutz.

Eine enge, nur auf das Schutzgut Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beschränkte Lesart des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG verbietet sich mit Blick auf Art. 20a GG und dessen Auslegung durch das BVerfG. Zwar enthält Art. 20a GG (noch) keine konkrete Verpflichtung an den Gesetzgeber zu einzelnen konkreten Maßnahmen, etwa ein allgemeines Tempolimit. Er verpflichtet die Regie-

rung aber dazu, den verfassungsmäßig gebotenen Klimaschutz allgemein bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen. Der Bund ist daher sogar dazu verpflichtet, bei Regelungen zum Straßenverkehr Belange des Klima- und Umweltschutzes mit einzubeziehen (dazu hier). Das gilt auch für Regelungen der Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG, die Gesundheitsbeeinträchtigungen im Straßenverkehrs betreffen. Verfassungsrechtlich stünden dem Gesetzgeber daher für eine umfassende Reform und Neuorientierung des Straßenverkehrsrechts alle Türen offen.

Let's overcome car-normativity!

Die skizzierten Widersprüche im Straßenverkehrsrecht zeigen: Der mit jeder Reform unermüdlich wiederholte Anspruch, das komplexe Gefüge zu vereinfachen und mit den "richtigen" Zielsetzungen anwendungsfreundlich gestalten zu wollen, liegt weiterhin in weiter Ferne. § 6 StVG und § 45 StVO – mittlerweile "Gesetz im Gesetz" und "Verordnung in der Verordnung" – müssten dazu in einen übergreifenden Kontext gestellt werden.

Mit dem Scheitern der aktuellen Reform schließt sich zudem auf unbestimmte Zeit ein Zeitfenster, um die Verzahnung des StVG mit dem BauGB entlang dem Leitbild der "Nachhaltigen Stadt" vorzunehmen. Dabei verknüpft etwa die zuletzt 2021 aktualisierte Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung die nachhaltige Mobilitätsentwicklung und integrierte Stadtentwicklung zwingend miteinander und weist den Städten und Gemeinden bei der Transformationsgestaltung eine tragende Rolle zu. Insbesondere, weil den unterschiedlichen Mobilitätsbedürfnissen im ländlichen und urbanen Raum am besten vor Ort begegnet werden kann. Die im Rahmen der aktuellen Reform vorgeschlagenen Regelungen zur Berücksichtigung städtebaulicher Erwägungen wären damit ein wichtiger Schritt in Richtung dieser Ziele gewesen.

Revolutionär wäre eine strukturelle und inhaltliche Generalüberholung des Straßenverkehrsrechts: Ein StVG mit Präambel und einen Paragrafen mit Begriffsbestimmungen voranzustellen und StVO nebst Verwaltungsvorschrift aus einer Hand anzupassen. Inhaltlich bräuchte es einer zukunftsverträglichen Reform der Rechtsgrundlagen, durch die den Kommunen selbstständige Anordnungen zur Verkehrsberuhigung und für Flächengerechtigkeit ermöglicht werden. Es müsste auch die bereits erwähnte Vision Zero in die StVO aufgenommen werden (vgl. hier). Verkehrssicherheit, Klimaschutz und Mobilitätswende schließen sich nicht aus, sondern müssen zusammengedacht werden, um das Straßenverkehrsrecht im 21. Jahrhundert ankommen zu lassen.

Patrick Hilbert

Eine gesetzliche Pflicht zur Klimaanpassung

Das Bundes-Klimaanpassungsgesetz

doi: 10.17176/20231211-102711-0

Verstärkte Anstrengungen, den menschengemachten Klimawandel abzubremsen, sind dringend notwendig, vielleicht dringender denn je. Aber selbst wenn sie unternommen werden, sind wir schon heute mit den (nunmehr) unabwendbaren Folgen des Klimawandels konfrontiert und werden es in Zukunft noch stärker sein. Starkregenereignisse, Dürreperioden, Hitze und damit einhergehende Gefahren für Mensch, Tier und Umwelt sind bereits spürbare Realität, weswegen kein Weg an der Klimaanpassung durch Schutz- und Vorsorgemaßnahmen vorbeiführt (näher hier). Solche Anpassung ist nicht kostenlos zu haben, aber immer noch günstiger, als die klimawandelbedingten Schäden zahlen zu müssen (vgl. BT-Drs. 20/8764, S. 2 f., 14). Es ist deshalb begrüßenswert, dass die Ampel-Koalition das bereits im Koalitionsvertrag avisierte Vorhaben eines Bundes-Klimaanpassungsgesetzes (KAnG) angegangen ist und ein solches am 16.11.2023 im Bundestag beschlossen hat. Derzeit ist das Gesetz zwar noch nicht zustande gekommen, sondern liegt aktuell beim Bundesrat. Gleichwohl lohnt bereits jetzt ein näherer Blick auf das zukünftige Gesetzeswerk.

Der bereits bestehende Rahmen

Man sieht allerdings klarer, wenn man sich zunächst die rechtliche Ausgangssituation vergegenwärtigt, in die das Gesetz hineingestellt werden soll. Es ist nämlich nicht so, dass es bisher keine rechtlichen Vorgaben zur Klimaanpassung gäbe. Vor allem das internationale Recht in Gestalt der UN-Klimarahmenkonvention und des Paris Abkommens sowie das Europarecht, vor allem das sog. Europäische Klimagesetz (VO [EU] 2021/1119) und die Governance-Verordnung (VO [EU] 2018/1999), enthalten Vorgaben zur Klimaanpassung. Diese Rechtsakte setzen vor allem auf Planungs- und Informationspflichten (näher hier und hier).

Im Schatten dieser Normen hat sich die Bundesrepublik auch bislang schon der Klimaanpassung zugewandt und zwar so intensiv, dass man das Klimaanpassungsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet bezeichnen kann.

Seit 2008 existiert eine Deutsche Anpassungsstrategie an den Klimawandel (DAS), die zwei Mal fortgeschrieben wurde und in ihren Anhängen den Aktionsplan Anpassung enthält. Hierbei handelt es sich um sog. Maßnahmenpläne, die für verschiedene Handlungsfelder mögliche Maßnahmen zur Klimaanpassung zusammentragen, um ein koordiniertes Anpassungshandeln sicherzustellen. Diese Planungen des Bundes erfüllen die völkerrechtlichen Vorgaben und unionsrechtlichen Pflichten zur Planung in diesem Bereich. Daneben existieren Regelungen zur Klimaanpassung vor allem im Raum- und Fachplanungsrecht, aber auch in weiteren Gebieten des Verwaltungsrechts (vgl. hier). Die für eine erfolgreiche Klimaanpassung notwendigen Informationen liefert unter anderem die Klimawirkungs- und Risikoanalyse des Umweltbundesamtes sowie dessen Monitoringbericht zur DAS.

Hierneben treten eigenständige gesetzliche Regelungen zur Klimaanpassung der Länder. Diese haben auch die Gestaltung des Bundes-Klimaanpassungsgesetzes beeinflusst. Auf das Klimaanpassungsgesetz Nordrhein-Westfalen etwa nimmt die Begründung des Bundes-Klimaanpassungsgesetzes (BT-Drs. 20/8764) verschiedentlich Bezug.

Das neue Klimaanpassungsgesetz des Bundes

Vor diesem Hintergrund überraschen die groben Konturen des nun vor der Tür stehenden Bundes-Klimaanpassungsgesetzes nicht. Seine drei Grundstrukturen entsprechen genau den drei Grundstrukturen, die das Klimaanpassungsrecht schon bislang ausgezeichnet haben. Diese sind: die Maßnahmenplanung, die integrierte Klimaanpassung und informationsbezogene Ansätze. Dass diese drei Grundstrukturen nun auch in einem Bundesgesetz abgebildet und verbindlich ausgeformt

werden, ist begrüßenswert. Zwar war der Bund auch bislang schon durch das Völkerrecht, das Unionsrecht und das deutsche Verfassungsrecht zur Klimaanpassung angehalten, mitunter sogar verpflichtet. Eine parlamentsgesetzliche Verpflichtung auf Bundesebene ist hingegen neu und deutlich konkreter als die bisherigen Vorgaben.

Maßnahmenplanung

Das Herzstück des KAnG ist ein planerischer Ansatz, der eine Kaskade von Klimaanpassungsplanung vorschreibt. Gefordert ist die – mittlerweile neben Raumplanung und Fachplanung als eigenständiger Planungstyp anerkannte – Maßnahmenplanung, d.h. die koordinierende Zusammenstellung unterschiedlicher Maßnahmen, mit denen bestimmte, vorher festgelegte Ziele, hier: Anpassungsziele, erreicht werden sollen. Diese Maßnahmen müssen in einem zweiten Schritt umgesetzt werden, wobei hierfür nicht notwendig der Plangeber zuständig ist, weshalb man auch von einem zweistufigen System spricht. Regelungen für solcherart Maßnahmenplanungen enthält das KAnG mit Blick auf den Bund, die Länder, die Kommunen und juristische Personen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Bundes, wenngleich in abgestufter Intensität.

Die detailliertesten Regelungen trifft das Gesetz in § 3 zu den Planungspflichten des Bundes. Dieser hat eine „Klimaanpassungsstrategie“ – so nennt das Gesetz die Maßnahmenplanung auf Bundesebene – vorzulegen und alle vier Jahre fortzuschreiben (v.a. bei Zielverfehlung, § 5 Abs. 3 Satz 1, aber nicht nur dann). Wie erwähnt, existiert eine solche Strategie bereits, die in Umsetzung internationaler Vorgaben ergangen ist. An ihrer Gestalt orientieren sich auch die Vorgaben in § 3 Abs. 2 zur Aufnahme bestimmter Handlungsfelder. Neu ist nun insbesondere, dass § 3 Abs. 3 Nr. 1 vorschreibt, dass die Strategie „hinreichend ambitionierte, messbare Ziele“ enthalten muss. Auch die starke Betonung des Vorsorgegedankens (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 sowie BT-Drs. 20/8764, S. 23) ist eine eigenständige gesetzliche Akzentuierung. Zudem muss im Plan nun ein Mechanismus zur Bewertung der Fortschritte in der Zielerreichung festgelegt werden (§ 3 Abs. 3 Nr. 5). Zuständig für die Aufstellung und Fortschreibung der Strategie ist – wie bisher – die Bundesregierung, wobei nach § 3 Abs. 5 für die Aufstellung und Überprüfung der Ziele und Maßnahmen in den einzelnen Handlungsfeldern sowie für die Umsetzung und Aktualisierung der Maßnahmen die aufgrund ihres Geschäftsbereichs jeweils fachlich überwiegend zuständigen Bundesministerien „verantwortlich“ sein sollen. Dass das Gesetz hier den opaken Verantwortungsbegriff wählt, ist vielsagend. Es verdeutlicht einerseits, dass sowohl Planaufstellung als auch Planumsetzung keine rein rechtstechnische, sondern auch eine politische Angelegenheit sind. Andererseits und damit zusammenhängend zeigt die juristisch schwer zu fassende Begrifflichkeit auch, dass die Arbeitsteilung im Kollegialorgan Bundesregierung nur begrenzt rechtlich gesteuert werden kann. Hierzu passt, dass das im Referentenentwurf noch vorgesehene Bestimmungsrecht, das dem für Klimaanpassung zuständigen Bundesministerium (d.h. dem Umweltministerium) bei Überschneidungen der Zuständigkeiten das Recht zugesprochen hätte, die Verantwortlichkeiten einem Ministerium einseitig zuzuweisen (§ 3 Abs. 5 Satz 4 Referentenentwurf), in der vom Bundestag beschlossenen Fassung entfallen ist.

Neben dem Bund werden nun auch die Länder bundesgesetzlich dazu verpflichtet, landeseigene vorsorgende Klimaanpassungsstrategien vorzulegen (§ 10). Strukturell wird damit von ihnen dasselbe verlangt wie vom Bund, wenngleich die gesetzlichen Anforderungen an die Inhalte der landeseigenen Strategien weniger detailliert sind. Die Länder müssen – sofern sie es ohnehin nicht schon haben – bis zum 31.1.2027 eine Klimaanpassungsstrategie vorgelegt haben und danach alle fünf Jahre fortschreiben (§ 10 Abs. 6 Satz 1). Der von der Fortschreibeverpflichtung des Bundes abweichende Turnus (fünf statt vier Jahre) findet seinen Grund darin, dass manche Länder Legislaturperioden von fünf Jahren haben. Landesrechtliche Regelungen zur Klimaanpassungsplanung bleiben von der neuen bundesrechtlichen Pflicht unberührt und weiter möglich (§ 9 Abs. 1).

Auf einer dritten Ebene sollen sich auch die Kommunen der planmäßigen und koordinierten Bewältigung der Klimaanpassung zuwenden. Die Vorstellung des KAnG ist es, dass hierfür in den Kommunen „Klimaanpassungskonzepte“ erlassen werden. Auch solche gibt es mitunter schon. Eine unmittelbare Verpflichtung zu ihrer Einführung enthält das KAnG – wegen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG – selbstredend nicht. Nach § 12 KAnG wird es weitgehend in die Hände der Länder gelegt, zu bestimmen, durch wen, ob und wenn ja mit welchen Inhalten Klimaanpassungskonzepte für die Kommunen aufgestellt werden müssen.

Den planerischen Ansatz bricht das KAnG schließlich noch auf eine vierte Ebene herunter. Nach § 6 Satz 1 sollen auch juristische Personen des öffentlichen

Rechts, die unter der Aufsicht des Bundes stehen, Klimaanpassungskonzepte aufstellen und die darin vorgesehenen Maßnahmen umsetzen. Für berufsständische Selbstverwaltungskörperschaften und -organisationen sowie für Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft gilt dies nicht (§ 6 Satz 2); ebenfalls nicht für staatlich beherrschte juristische Personen des Privatrechts, für die der Gesetzgeber die Vorgaben der Verordnung über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (VO [EU] 2022/2464) für ausreichend angesehen hat (BT-Drs. 20/8764, S. 26). Die im Referentenentwurf noch vorgesehene entsprechende Vorgabe für juristische Personen, die den Ländern eingegliedert sind (§ 10 Abs. 1 Satz 4 Referentenentwurf), hat es nicht in die verabschiedete Fassung geschafft. Als bloße Sollensverpflichtung ist die Vorgabe von Klimakonzepten für juristische Personen des öffentlichen Rechts etwas weniger strikt als die Verpflichtungen für den Bund selbst. Die Vorschrift zeigt aber, wie bedeutsam der planerische Ansatz auch für die Klimaanpassung ist, weil er bis zu den kleinsten Ebenen hin durchgehalten wird.

Integrierte Klimaanpassung

Das zweite Strukturmerkmal des KAnG ist Verpflichtung auf integrierte Klimaanpassung, was heißt, dass Belange der Klimaanpassung in der Breite des staatlichen Handelns berücksichtigt und wirksam werden sollen. Dieser Ansatz wird für die Klimaanpassungskonzepte der Länder ausdrücklich betont (§ 11 Abs. 1 Satz 2). Das wichtigste Instrument ist indes das in § 8 vorgesehene Berücksichtigungsgebot, das § 13 Bundes-Klimaschutzgesetz (vgl. hierzu BVerwGE 175, 312, Rn. 62 ff., 77 ff. [2022]) und § 6 Klimaanpassungsgesetz NRW nachgebildet ist. Hiernach haben die „Träger öffentlicher Aufgaben bei ihren Planungen und Entscheidungen das Ziel der Klimaanpassung nach § 1 fachübergreifend und integriert zu berücksichtigen“. Gemeint ist damit, dass alle Stellen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen (§ 2 Nr. 3), immer dann, wenn ihnen das Recht Entscheidungsspielräume belässt (vor allem durch Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe), prüfen müssen, ob bei der Entscheidung Belange der Klimaanpassung (Schutz und Vorsorge) eine Rolle spielen können und wie weit sie in Abwägung mit anderen Belangen zur Geltung kommen sollen. Solche Berücksichtigungspflichten waren schon bislang in einzelnen Fachgesetzen normiert und galten darüber hinaus auch ohne entsprechende Anordnung, weil die Klimaanpassung als grundgesetzlich geschützter Belang (Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 20a GG) bei der Entscheidungsfindung der Verwaltung zu berücksichtigen ist. Die ausdrückliche gesetzliche Normierung ist gleichwohl zu begrüßen, weil sie die Notwendigkeit der integrierten Berücksichtigung noch einmal verdeutlicht und mit ihr die Hoffnung einhergeht, dass über die ausdrückliche Anordnung die Berücksichtigung in der Praxis wirksamer wird. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als irritierend, wenn in der Gesetzesbegründung insinuiert wird, das Berücksichtigungsgebot gelte nicht für alle Entscheidungen von Trägern öffentlicher Aufgaben, sondern nur für solche mit Relevanz für die Klimaanpassung (BT-Drs. 20/8764, S. 27). Diese Behauptung ist unzutreffend. Das Berücksichtigungsgebot gilt – seinem Wortlaut wie seinem Sinn und Zweck nach – stets und bei allen Entscheidungen, auch bei rein intern wirkenden wie der Verwaltung des eigenen Vermögens (so auch zutreffend BT-Drs. 20/8764, S. 27). Wenn die Klimaanpassung bei einer Entscheidung keine Rolle spielt bzw. spielen kann, muss sie – wie stets bei Ermessenserwägungen – zwar im Ergebnis nicht berücksichtigt werden, aber genau das ist eben vorher zu prüfen und auch darauf zielt das Berücksichtigungsgebot. Mit anderen Worten verlangt § 8 durchaus nicht, dass stets ausdrücklich auf die Klimaanpassung eingegangen wird, sondern nur, wenn es sinnvoll ist. Das kann allerdings öfter der Fall sein, als man zunächst denkt. Deshalb irritiert an der Gesetzesbegründung noch mehr, dass in ihr behauptet wird, mit Blick auf Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien (und anderem) sei das Berücksichtigungsgebot nicht relevant. Richtig ist allein, dass solche Anlagen das Problem des Klimawandels nicht verschärfen. Sie können aber – je nach Standort – von negativen Auswirkungen des Klimawandels potenziell betroffen sein (etwa durch Hochwasser), weshalb auch bei sie betreffenden Zulassungsentscheidungen Aspekte der Klimaanpassung, nämlich der Schutz vor absehbaren Klimawandelfolgen, möglicherweise berücksichtigt werden müssen.

Das Berücksichtigungsgebot wird in § 8 näher ausgestaltet und differenziert. Der Referentenentwurf hatte insoweit noch ein planerisches Verschlechterungsverbot vorgesehen (§ 8 Abs. 2 Referentenentwurf), das es nicht in die vom Bundestag beschlossene Fassung geschafft hat. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung stattet das Berücksichtigungsgebot des § 8 den Belang der Klimaanpassung – zu Recht – nicht mit einer Vorrangwirkung gegenüber anderen Belangen aus.

Informationsbezogene Ansätze

Die dritte Strukturentscheidung des KAnG liegt ebenfalls ganz auf der Linie der bisherigen Strukturen des Klimaanpassungsrechts, denn das KAnG setzt auf verschiedene informationsbezogene Instrumente. Von besonderer Bedeutung sind die Klimarisikoanalysen, durch die gegenwärtige und zukünftige Risiken im Zusammenhang mit den Auswirkungen des Klimawandels ermittelt und bewertet werden sollen (§ 2 Nr. 2). Sie sind auf Bundesebene (§ 4) und auf Landesebene (§ 10 Abs. 2) zu erstellen. Die Klimarisikoanalysen dienen als Grundlage für die Klimaanpassungsstrategien, ihr Nutzen erschöpft sich aber nicht darin. Auch für die integrierte Berücksichtigung können sie eine Rolle spielen. Zudem wird durch sie ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit befriedigt. Auf Bundesebene existiert mit der Klimawirkungs- und Risikoanalyse bereits Entsprechendes. Für die Bundesebene ist eine mindestens zehnjährliche Aktualisierung vorgesehen.

In kürzeren Intervallen setzt ein zweites wichtiges Instrument an: der Monitoringbericht nach § 5. Dieser ist von der Bundesregierung mindestens alle vier Jahre zu erstellen und zu veröffentlichen. Mit ihm soll einerseits die Öffentlichkeit über die beobachtbaren Folgen des Klimawandels in Deutschland sowie über den Stand der Erreichung der Ziele der Klimaanpassungsstrategie des Bundes informiert werden. Dementsprechend dient der Monitoringbericht auch als Grundlage dafür, den Anpassungsbedarf der Klimaanpassungsstrategie des Bundes zu ermitteln.

Weitere informationsbezogene Instrumente sind die Beteiligung der Öffentlichkeit sowie von Behörden und Verbänden bei der Aufstellung von Klimaanpassungsstrategien (§ 3 Abs. 4, § 10 Abs. 4) sowie Regelungen über den Informationsaustausch und den Wissenstransfer im föderalen Gefüge (§ 7 Abs. 3, § 9 Abs. 3). Außerdem treffen die Länder bestimmte Berichtspflichten über die Klimaanpassung gegenüber dem Bund (§ 11) sowie gegenüber der Öffentlichkeit (§ 10 Abs. 5, Abs. 6 Satz 2).

Weitere Aspekte

Neben der Ausformung dieser drei Grundstrukturen enthält das KAnG selbstredend noch weitere Ansätze. Einer hiervon ist das in § 7 normierte Ziel, die Bundesliegenschaften an die Folgen des Klimawandels anzupassen (mit Ausnahme der Auslandsliegenschaften, § 13 Abs. 2). Der Gedanke dahinter ist, dass der Bund mit gutem Beispiel vorangehen soll, um andere zur Nachahmung zu animieren. Dieser Regelungsansatz ist im modernen Umweltrecht beliebt (vgl. nur die Überschrift des 5. Abschnitts des Bundes-Klimaschutzgesetzes) und verdeutlicht, dass das Öffentliche Recht auf ein vielfältiges Arsenal von Steuerungsmöglichkeiten zurückgreift, bei dem auch das Spiel über die Bande nicht gescheut wird.

Keine explizite Regelung findet sich im KAnG zu der Möglichkeit, einen Expertenrat für Klimaanpassung einzurichten. Im Bundes-Klimaschutzgesetz finden sich entsprechende Regelungen (§§ 11 f. KSG), die einem internationalen Trend folgen (näher hier). Im KAnG ist die Möglichkeit eines Expertenrats indes insoweit mitgedacht, als ein solcher in einer Klimaanpassungsstrategie als Mechanismus zur Bewertung der Fortschritte (§ 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5) vorgesehen sein könnte (vgl. BT-Drs. 20/8764, S. 25; noch deutlicher die Begründung des Referentenentwurfs, S. 20). Dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, ist allerdings zu begrüßen. Die Einrichtung von immer mehr Expertenräten alleine führt nicht zu einer Verbesserung.

Rechtsschutz

Hinsichtlich des Rechtsschutzes grüßt leider das Murmeltier. In § 13 Abs. 1 KAnG heißt es, dass „subjektive Rechte und klagbare Rechtspositionen“ durch oder aufgrund des KAnG „nicht begründet“ werden. Entsprechendes wurde schon in § 4 Abs. 1 Satz 10 KSG formuliert. Auch diese Regelungen hat mehr Probleme geschaffen, als gelöst, weil sie in Konflikt mit den – zum Teil unionsrechtlich geforderten – Verbandsklagerechten kam (vgl. hier), die dadurch entschärft wurden, dass mittlerweile das Bundesverwaltungsgericht klargestellt hat, dass § 4 Abs. 1 Satz 10 KSG Verbandsklagerechte nicht ausschließt (BVerwGE 175, 312, Rn. 70 [2022]). Für das Klimaanpassungsrecht stehen nun gleichwohl zunächst einmal vergleichbare Diskussionen wie seinerzeit zum KSG an, bei denen auch beachtet werden muss, dass den Bund Maßnahmenplanungspflichten aus dem Unionsrecht treffen (Art. 5 Abs. 4 VO [EU] 2021/1119). Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der Bundesgesetzgeber die Anlage 5 zum UVP-Gesetz um die Klimaanpassungsstrategien des Bundes nach § 3 KAnG erweitern würde, um klarzustellen, dass zumindest mit Blick auf sie eine Rechtsschutzmöglichkeit nach § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 lit. a Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz besteht.

Was kommt?

Das KAnG ist als Bundesgesetz bislang nicht zustande gekommen, weil die Bundesratsbeteiligung noch aussteht. Anders als noch der Referentenentwurf sieht das nun beschlossene KAnG allerdings keinen Ausschluss abweichenden Landesrechts nach Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG (vgl. § 13 Referentenentwurf) mehr vor, sodass es sich jetzt nur noch um ein Einspruchsgesetz handelt, das keiner Zustimmung des Bundesrates bedarf. Dieser hat eine Befassung mit dem KAnG für den 15.12.2023 terminiert und es ist unwahrscheinlich, dass er den Vermittlungsausschuss anrufen wird.

Inwiefern das KAnG, wenn es in Kraft tritt, zur wirksamen Klimaanpassung beitragen wird, muss die Zeit zeigen. Der Absicht des Gesetzgebers entsprechend schafft es sicherlich einen tauglichen Rahmen für die Klimaanpassung, der die bestehenden Strukturen aufgreift und behutsam weiterentwickelt. Die Auffüllung des Rahmens ist den handelnden politischen Akteuren überlassen. Von dieser Verantwortung kann das Gesetz nicht befreien.

Lisa Riedner

Sicherung, Aktivierung, Verbannung

Ein Versuch, aktuelle Reformen der Sozial-, Migrations- und Familienpolitik zusammenzudenken

doi: 10.17176/20231204-141608-0

Was verbindet die Bürgergeldreform mit der neuen migrationspolitischen Härte der Ampelregierung? Inwiefern ziehen die Kindergrundsicherung, das Selbstbestimmungsgesetz und die Neuregelung der Einwanderung von Fachkräften an einem Strang? Die vielfachen Gesetzesvorhaben der Bundesregierung erscheinen auf den ersten Blick unübersichtlich, unzusammenhängend, wenig weitreichend oder völlig überzogen. In der von multiplen Krisen geschüttelten Legislaturperiode seit 2021 leitete die Regierung unter anderem Reformen der Sozial- und Familiengesetzgebung (Bürgergeld, Kindergrundsicherung), Migrationspolitik (Fachkräfteeinwanderungs-, Staatsangehörigkeits- und Rückführungsverbesserungsgesetz) und der Geschlechterpolitik (Selbstbestimmungsgesetz) ein. In diesem Artikel diskutiere ich die oft getrennt voneinander betrachteten Reformen gemeinsam. Ich zeige, wie sich die Änderungsvorhaben im aktuellen Sozial(staats)regime[1] verschränken. Dabei erhebe ich keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern werfe Schlaglichter auf Aspekte, die besonders relevant erscheinen. Es zeichnen sich vier Tendenzen ab: (1) kleine Erleichterungen für Leistungsbeziehende im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft, (2) eine noch stärkere Orientierung an Leistung und Qualifizierung („qualifare"), (3) der Abbau von Rechten auf Existenzsicherung, der bis hin zur sozialen Verbannung führen kann und (4) die Einschränkung des Rechts auf Asyl und verstärkte Kontrolle an den Außen- und Binnengrenzen.[2]

Dass es notwendig ist, die Teilung zwischen den Politikbereichen aufzubrechen, wurde mir in meiner Forschung mit mehrsprachig arbeitenden Basisgruppen von erwerbslosen und prekär beschäftigten Menschen deutlich. Bevor ich also auf die Gesetzgebung eingehe, sollen einführend ein paar Schlaglichter auf konkrete Auseinandersetzungen um sozialstaatliche Regulierungen geworfen werden.

Aus der Perspektive von Erwerbsloseninitiativen

„Wir haben Zeit!" Auf der Berliner Demonstration zum 2. Mai 2023, dem Tag der Arbeitslosen, treten Erwerbslose auf die Straße. Sie bringen einen Gegenentwurf zu einer Arbeitsgesellschaft zum Ausdruck, in der Lohnarbeit den Alltag vieler Menschen prägt und sie nicht genug Zeit für andere Dinge haben. Sie kritisieren, dass gesellschaftliche Anerkennung und materielle Teilhabe heute weitgehend an Erwerbstätigkeit geknüpft sei. Ich bin hier mit der Erwerbsloseninitiative BASTA!, deren Erfahrungswissen und politische Standpunkte als Ausgangspunkt für meine Forschung zu Sozial(staats)regimen dient. Die Gruppe sieht die Notwendigkeit, nicht nur das Sozialrecht, sondern auch andere Rechtsgebiete und Konfliktfelder in ihre Arbeit mit einzubeziehen. Drei Beispiele aus

[1] Mit dem Konzept der Sozial(staats)regime bringe ich Gosta Esping Andersens makrosoziologisches Konzept der Wohlfahrtsregime mit der ethnographischen Migrations- und Grenzregimeanalyse von Sabine Hess und anderen zusammen. Mit letzterer definiere ich Regime als Aushandlungsfelder von diversen Praktiken, Diskursen und Akteuren. Bei Esping Andersen erscheinen mir vor allem seine drei zentralen Fragen zu verschieden Spielarten des Wohlfahrtskapitalismus produktiv: Erstens, inwiefern Wohlfahrtsregime es den Einzelnen erlauben, auch ohne Erwerbsarbeit ein gutes Leben zu führen, zweitens, wie sie die Bevölkerung in unterschiedliche Gruppen aufteilen und hierarchisieren und drittens, in welchem Verhältnis Ökonomie, Staat und Familie bzw. Community in ihnen stehen. Ich setze den Staat in Klammern, um zu betonen, dass staatliche und nichtstaatliche Akteure Teil heutiger Sozial(staats)regime sind –und dass ‚das Soziale' sich nicht in staatliche und insbesondere nicht in nationalstaatliche Container einfügen lässt.

[2] Besonderer Dank gilt Ian Greer, Tim Herbold, Marina Mayer, Andreea-Valentina Moraru sowie Claudia und Nick von BASTA! für unsere Gespräche, die diesen Beitrag inspiriert haben. Die zugrunde liegende Forschungsarbeit der Emmy Noether Nachwuchsforschungsgruppe „Auseinandersetzungen um ‚das Soziale'–Hin zu einer bewegungsbasierten ethnografischen Sozial(staats)regimeanalyse" an der LMU München wurde ermöglicht durch die Förderung der Deutsche Forschungsgemeinschaft – Projektnummer 490697580.

der Beratung:

Ich unterstütze eine alleinerziehende Frau, den Antrag auf Bürgergeld auszufüllen. Dabei fällt mir auf, dass das Einreisedatum nun auf der ersten Seite vermerkt werden muss. Im Antrag auf Hartz IV gab es diese Stelle noch nicht. Der Anlage UH (Unterhalt) folgend frage ich mehrmals: Wer ist der Vater der Kinder? Sie sagt, den kenne sie nicht. Ich komme mir vor wie bei der Inquisition. Sie habe dem Jugendamt gezwungenermaßen doch einen Namen genannt, sagt die Frau schließlich, aber auch mitgeteilt, sie kenne seinen Aufenthaltsort nicht. Ohne die Angabe hätte sie keine Leistungen erhalten.

Ein Künstler mit U.S.-amerikanischem Pass hat aufstockend Bürgergeld beantragt. Er erhielt seit der Pandemie weniger Aufträge. Nun will das Jobcenter seinen Antrag der Ausländerbehörde melden. Auf dem Zusatzblatt zu seiner Aufenthaltserlaubnis steht, dass diese „mit Bezug von Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII bzw. AsylbLG“ erlischt. Wir raten, den Antrag zurückzunehmen. Sein Anspruch auf Leistungen erinnert mich an Schrödingers Katze: Er ist zwar nicht von Leistungen ausgeschlossen – doch sobald er sie beansprucht, muss er das Land verlassen.

Eine Frau mit rumänischer Staatsbürgerschaft und zwei Kindern hat erfolgreich vor dem Sozialgericht um Leistungen zur Existenzsicherung geklagt, nachdem das Jobcenter ein Verfahren wegen Sozialleistungsbetrug eingeleitet und den Leistungsbezug ausgesetzt hatte. Wir gratulieren. Über vier Monate hatte die Familie kein Geld vom Jobcenter bekommen und von dem Einkommen des Jobs ihres Partners leben müssen, der in Teilzeit in der Reinigungsbranche arbeitet. Das Jobcenter hatte ihn verdächtigt, eine Scheinarbeit vorzutäuschen.

Diese drei Beispiele verweisen auf die Vielfalt der Lebensrealitäten in Armut in Deutschland. Sie zeigen die Verbindung von Sozial-, Migrations-, Arbeitsmarkt- und Familienpolitik in der Alltagsrealität armutsbetroffener Menschen in Deutschland.

Erleichterungen im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft

> „Deutschland ist vielfältig. Deshalb passen wir unsere Gesetze den verschiedenen Lebensrealitäten an. Ob bei der Frage des Geschlechts, des Namens oder der Staatsangehörigkeit – im Kabinett haben wir wichtige Beschlüsse gefasst, die unsere Gesellschaft weiter modernisieren.“

Der Bundeskanzler liegt nicht ganz falsch. An einigen Stellen sorgen die Reformen der Ampel-Koalition für Erleichterungen im Leben von migrantisierten, queeren, einkommens- und erwerbsarmen Menschen, wenn auch in weit geringerem Maß als von sozialen Bewegungen und Vebänden über Jahre gefordert. So soll der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Einführung einer Kindergrundsicherung vom 27. September 2023 sozialstaatliche Absicherung durch die Gleichstellung unverheirateter Paare an heutige Lebensrealitäten anpassen. Für Menschen, die Kinder in ihrer Obhut haben, sollen Leistungen gebündelt und Verfahren vereinfacht werden.

Nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) vom 1. November 2023 soll es zudem einfacher werden, den Vornamen und Geschlechtseintrag amtlich zu ändern.

Der gut einen Monat zuvor im Kabinett beschlossene Gesetzentwurf zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts sieht vor, dass Menschen ohne deutschen Pass ‚schon‘ nach drei bis fünf statt erst nach sechs bis acht Jahren in Deutschland die deutsche Staatsbürgerschaft erhalten können und parallele Staatsbürgerschaften behalten dürfen.

Auch im Bürgergeld gibt es Änderungen im Sinne der Leistungsbeziehenden: Diese können nun mehr von ihrem Einkommen und Vermögen behalten. Die Rede ist nicht zuletzt von mehr Sicherheit und Anerkennung der „Lebensleistung“. Damit ist auch sprachlich eine Abkehr vom Motto „Fordern und Fördern“ zu verzeichnen. Es gilt eine einjährige Karenzzeit, in der das Vermögen und die Angemessenheit der Wohnung nicht geprüft werden. Auch nach einem Jahr gelten höhere Grenzen für Vermögen, das einem Bezug nicht im Wege steht, als früher. Der sogenannte Vermittlungsvorrang fällt weg. Außerdem können nach Pflichtverletzungen oder Meldeversäumnissen die Leistungen nur noch um höchstens 30 Prozent und nicht mehr bis zu 100 Prozent gekürzt werden, während die Kosten der Unterkunft unangetastet bleiben. Diese Änderung war nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. November 2019 überfällig.

Schließlich erleichtert das am 7. Juli 2023 im Bundesrat verabschiedete Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung die Einreise und das Hierbleiben nicht nur für Fachkräfte mit Arbeitsplatzzusage, hohem Verdienst und anerkanntem Berufsabschluss, sondern auch für Menschen ohne anerkannten Abschluss, die

über Berufserfahrung verfügen. Es ermöglicht auch manchen in Deutschland lebenden Asylsuchenden den Spurwechsel und ein Bleiberecht.

Noch stärkere Orientierung an Leistung und Qualifizierung („qualifare")

Viele dieser migrations- wie auch sozial- und familienpolitischen Gesetzesvorhaben und -änderungen sind noch mehr als zuvor an Leistung orientiert und auf Qualifizierung ausgerichtet. Sie erleichtern manchen Menschen ihr Auskommen ein wenig, können aber gleichzeitig auch als Anpassungen an den prekären Arbeitsmarkt, der von regelmäßigen Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit geprägt ist, und an den Fachkräftemangel gedeutet werden und damit als Erleichterung insbesondere für die Unternehmerseite.

Bundesminister für Arbeit und Soziales Heil erklärt:

> *„Wir müssen das Potenzial im Inland besser nutzen, etwa durch mehr Aus- und Weiterbildung und eine höhere Erwerbsbeteiligung von Frauen und Älteren. Zusätzlich werden wir aber auch Fachkräfte aus dem Ausland brauchen." (Heil 2023)*

Im Bürgergeld sollen Qualifizierung und der Erwerb eines Berufsabschlusses im Vordergrund stehen. So werden beispielsweise Weiterbildungsmaßnahmen besser gefördert. Ein Paradigmenwechsel hat vor allem für die unter 25-Jährigen stattgefunden: Drohte ihnen früher schnell eine 100-prozentige Ausgrenzung, muss ihnen nun ein Gesprächsangebot gemacht werden. Wenn sie dies annehmen, fällt die Leistungsminderung weg, die auch, wie erwähnt ‚nur' 30 Prozent betragen darf. Junge Menschen sollen nun eher durch ‚positive Anreize' dazu bewegt werden, sich zu qualifizieren oder zu arbeiten. Sie können mehr von ihrem Einkommen behalten (bis zu 520 Euro/Monat) und Schüler:innen können das Geld behalten, das sie in Ferienjobs verdienen.

Das neue Staatsangehörigkeitsgesetz sieht vor, dass Menschen ohne deutschen Pass nur dann nach drei Jahren die Staatsbürgerschaft beantragen können, wenn sie gute schulische oder berufliche Leistungen vorweisen.

Nach dem Fachkräfteinwanderungsgesetz können Menschen, die Asyl beantragt haben, durch den sogenannten Spurwechsel nur dann einen Aufenthalt als Fachkraft erhalten, wenn sie arbeiten und schon vor dem 29.3.2023 ihren Antrag auf Asyl gestellt haben. Das Gesetz erweitert so Migrationswege im Interesse des Arbeitsmarkts, baut aber hohe Hürden auf, die eine Vielzahl von Menschen, deren Arbeitskraft nicht als gewünscht gilt, weiter ausgrenzen.

Abbau von Rechten auf Existenzsicherung und Aufenthalt bis hin zu sozialer Verbannung

Die meisten der Erleichterungen gelten nicht für alle, sondern nur für Menschen, die den Leistungskriterien entsprechen und/oder einen deutschen Pass haben. Den Reformen ist gemein, dass sie den grundrechtlichen Anspruch auf Existenzsicherung bzw. das Prinzip des Sozialstaats an verschiedenen Stellen immer weiter aushöhlen. Die Ausschlüsse werden durch den Schutz vor angeblichem Missbrauch durch Migration, Nicht-Arbeit und Betrug legitimiert. Grundlegendes Beispiel ist sicher das in letzter Zeit wieder viel beschworene Lohnabstandsgebot, das Leistungen niedrig hält, „damit Arbeit sich lohnt".

Seit 2006 schließt Paragraf 7 Absatz 1 S. 1 Nr. 2 b) des zweiten Sozialgesetzbuches Ausländer:innen, „deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt", vom Bürgergeld bzw. Hartz IV aus. Das betrifft bisher Unionsbürger:innen, Geflüchtete mit Aufenthaltsstatus in einem anderen EU-Land und ausländische Studierende im ersten Jahr nach Studienabschluss. Wenn sie keinen anderweitigen Grund für ein Aufenthaltsrecht haben, gilt das Recht auf eine menschenwürdige Existenzsicherung für sie nicht. Diese Entwicklungen stellen das ‚Bürgergeld' in ein neues Licht: Ist es ebenso ein Geld für Nicht-Bürger:innen?

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz vergrößert diese Zone der sozialen Verbannung, in der Menschen zwar aufenthaltsberechtigt, aber von existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen sind, noch weiter. Nun erhalten auch Personen, die ein Aufenthaltsrecht allein zum Zwecke der Suche nach einem Ausbildungsplatz oder einem Studienplatz haben oder im Besitz einer ‚Chancenkarte' sind, kein Bürgergeld. Zudem kann bei unverschuldetem Arbeitsplatzverlust der Aufenthaltstitel verkürzt oder widerrufen werden, wenn der Lebensunterhalt durch einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I nicht vollständig gesichert ist, sondern zusätzlich Bürger- oder Wohngeld beantragt wird. Kein direkter Ausschluss also, aber bei Sozialhilfebezug droht, wie im Beispiel oben, die Abschiebung.

Ein Gesetzesvorhaben im Rahmen der Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) sieht nun sogar vor, den Mitgliedsstaaten zu *verbieten*, Asylsuchenden, die in einem anderen EU-Staat aufenthaltsberechtigt sind, Leistungen auszuzahlen – bisher war dies nur eine Kann-Regelung. In Deutschland hat diese Gruppe aktuell in der Regel nur Anspruch auf Leistungen, wenn sie arbeiten. Der Europäische Rat hält fest: „Sogfaktoren und Sekundärmigration sollen unterbunden werden“ (2023).

Auch die Reform des Einbürgerungsgesetzes folgt einer nationalprotektionistischen Logik.

Bundesjustizminister Marco Buschmann verkündete im August:

> »Wir machen Einbürgerung für Menschen leichter, die von ihrer eigenen Hände Arbeit leben. Regeln für Menschen, die vom Sozialstaat leben, werden verschärft. Das setzt Anreize zur Aufnahme von Arbeit und zeigt: Wir wollen Einwanderung in den Arbeitsmarkt. Nicht in den Sozialstaat.«

Das neue Gesetz sieht vor, dass, wer Leistungen bezieht, in der Regel kein:e Deutsche:r werden darf. Betroffene können nur auf eine sogenannte „Ermessenseinbürgerung“ bei Vorliegen einer „besonderen Härte“ hoffen und haben damit nur noch ein sehr bedingtes Recht auf Einbürgerung. Ausnahmeregelungen sollen deutlich eingeschränkt werden. Bei Eltern muss zum Beispiel ein Elternteil Vollzeit arbeiten, um von der Ausnahmeregel erfasst zu werden. „Hier wird deutlich, dass der Gesetzentwurf überkommene Rollenverteilungen zementiert“, so Pro Asyl.

Der Generalverdacht, Transferleistungen zu missbrauchen, trifft neben migrantisierten Personen auch Menschen mit Kindern und insbesondere alleinerziehende Mütter besonders stark. Auch Bundesfinanzminister Lindner schlug in diese Bresche, als er bei einer Pressekonferenz im August diesen Jahres sagte: „Wir wollen einerseits die materielle Situation Alleinerziehender verbessern, aber andererseits nicht zusätzliche Anreize geben, sich nicht um Arbeit zu bemühen“. Seiner Meinung nach sollten Alleinerziehende von Kindern über sechs Jahren nur dann den Unterhaltsvorschuss auf das Bürgergeld anrechnen können, wenn sie erwerbstätig sind.

In Deutschland lebende, wirtschaftlich als inaktiv geltende Unionsbürger:innen erhalten seit 2019 kein Kindergeld. Zuvor war nur der gewöhnliche Aufenthalt und die Freizügigkeitsberechtigung die Voraussetzung für den Kindergeldbezug. Der Ausschluss wurde mit dem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch beschlossen. Denn es könne „nicht ausgeschlossen werden, dass vom Kindergeld eine nicht beabsichtigte Anreizwirkung für einen Zuzug aus anderen Mitgliedstaaten ausgeht“, so erklärte es der Regierungsentwurf des Gesetzes. Diese Regelung soll nun in die Kindergrundsicherung überführt werden.

Der Verdacht auf Betrug als Strategie einer ordnungspolitischen Wende

Quer durch die Sozial- und Migrationsgesetze lässt sich eine ordnungspolitische Tendenz diagnostizieren, die zur Bekämpfung angeblichen Betrugs die Prinzipien des Sozialstaats sowie das Recht auf Existenzsicherung und Asyl untergräbt.

Wer beispielsweise eine Angabe nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht, kann nach dem SGB II mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 € bestraft werden. Gegen viele Menschen werden sogar Erzwingungshaft oder Ersatzfreiheitsstrafen verhängt. Auch diese Strafen sollen in die neue Regelung der Kindergrundsicherung übertragen werden.

Dabei trifft der Verdacht des Betrugs nicht alle gleich. In verschiedenen Politikfeldern werden in letzter Zeit Sonderregeln für Migrant:innen eingeführt. Nach dem Entwurf des Selbstbestimmungsgesetzes sollen Menschen mit verschiedenen prekären Aufenthaltsstatus – unter anderem Geduldete und Geflüchtete im Asylverfahren — ihren Geschlechtseintrag und Vornamen nicht ändern dürfen (SBGG §1 Abs 2 Satz 3). Dies soll Betrug im Asylverfahren verhindern.

In ähnlicher Weise zielt das schon erwähnte Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch der vorherigen Bundesregierung nicht nur auf den angeblichen Missbrauch von Kindergeld durch Migrant:innen, sondern auch auf Sozialleistungsbetrug durch Scheinarbeit. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), eine Unterabteilung des Zolls, erhielt dazu neue Kompetenzen und Mittel. Die Unterabteilung des Zolls darf nun die Büros von Selbstständigen sowie von Arbeitgebenden zur Verfügung gestellte Unterkünfte zu jeder Tages- und Nachtzeit betreten, Personalien feststellen, Kommunikation überwachen, Daten von Sozial- und

Steuerbehörden teils durch neue Datenschnittstellen automatisiert abrufen[3] und nicht zuletzt eigenständig Anklage erheben ohne Zuschaltung der Staatsanwaltschaft. Mit 3.500 neuen Stellen sollte sie sich um etwa ein Drittel vergrößern. In den Worten des Gesetzentwurfes: „Mit diesem Gesetz wird die FKS erheblich gestärkt und im Sinne einer zentralen Prüfungs- und Ermittlungsbehörde in wesentlichen Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts fortentwickelt." Bezeichnenderweise wurde mit der FKS genau die Institution für die Kontrolle von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gewählt, in die die Grenzpolizei nach der Aufhebung von Grenzkontrollen innerhalb des Schengener Raums aufgegangen ist.

Einschränkung des Rechts auf Asyl und verstärkte Kontrolle an den Außen- und Binnengrenzen

Die Rede von der Migration als Bedrohung für den Sozialstaat gehört zur Grammatik extrem rechter und rechtspopulistischer Kräfte. Sie hat sich in den letzten Jahren gesamtgesellschaftlich normalisiert. Um den Sozialstaat zu schützen und Migration abzuschrecken, werden Menschen vom Recht auf Existenzsicherung[4] und Asyl ausgeschlossen. Zum Instrumentarium der sogenannten neuen migrationspolitischen Härte gehören nicht zuletzt schnellere und mehr Abschiebungen. Bundeskanzler Scholz forderte im Spiegel vom 20. Oktober 2023: "Wir müssen endlich im großen Stil abschieben". Diese Forderung begründete er mit dem Schutz des Sozialstaats. Sie wurde im Regierungsentwurf des Rückführungsverbesserungsgesetzes gesetzgeberisch umgesetzt. Auch an den Außengrenzen der EU wird der Grenzschutz verschärft. Die Reform des GEAS soll ermöglichen, Asylverfahren direkt an den Außengrenzen der EU in sogenannten Asylzentren durchzuführen. Asylsuchende aus sogenannten sicheren Herkunftsstaaten sollen schneller abgewiesen und abgeschoben werden können, bevor sie die Bundesrepublik oder andere Mitgliedsstaaten auch nur betreten haben.

So sichert das deutsch-europäische Sozial(staats)regime nicht nur, sondern es grenzt auch aus, zwingt zu prekärer Erwerbstätigkeit, diszipliniert, straft und lässt sterben. Auch wenn die Anziehungseffekte von höheren Sozialleistungen wissenschaftlich nicht belegt sind, werden manche Menschen gänzlich von existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen oder sie erhalten nur als Erwerbstätige Zugang. Auch Menschen, die nicht dem hetero- und cisnormativen Familienmodell entsprechen, insbesondere alleinerziehende Frauen und trans Personen, werden benachteiligt. Das Tun des Sozialstaats richtet sich nicht auf alle Subjekte gleichermaßen. Es setzt Menschen in unterschiedliche Verhältnisse zueinander, zu sich selbst, zum Staat und zum (globalen) Arbeitsmarkt. Dabei ist der Sozialstaat Ergebnis historischer Kämpfe und auch heute Bezugspunkt sozialer Bewegungen, die gegen Armut, Arbeitszwang und für ein gutes Leben für alle sowie die spezifischen Belange einzelner Gruppen eintreten. Rechte und konservative Kräfte hingegen mobilisieren die Rede vom Schutz des nationalen Sozialsystems vor angeblicher Bedrohung durch Migration, Missbrauch und Betrug für ihre gewaltvollen Projekte.

[3] Es handelt sich um Jobcenter und Arbeitsagenturen, Rentenversicherungen, die Familienkasse und das Bundeszentralamt für Steuern und Daten sowie das Binnenmarkt-Informationssystem der EU. Sozialbehörden und die Familienkasse dürfen nun auch Informationen aus dem IT-System der FKS einsehen. Für diese Zwecke werden neue Datenschnittstellen zwischen Verfolgungs- und Kontrollbehörden geschaffen. Sie sind ein Beispiel dafür, dass die Digitalisierung nicht nur Zugänge erleichtern, sondern auch mehr Kontrolle, Verfolgung, Ausschluss und Strafe erlauben und Handlungsmöglichkeiten gegenüber den Behörden einschränken kann.

[4] Die Anziehungseffekte von höheren Sozialleistungen sind wissenschaftlich nicht belegt, wie der Migrationsforscher Dr. Tim Müller im Interview mit dem Mediendienst Integration am 31.10.2023 erklärte. Siehe https://mediendienst-integration.de/artikel/demokratie-ist-ein-pull-faktor.html.

Shari Gaffron, Julian Seidl

Zum Studieren genug, zum Leben zu wenig

Zur überfälligen Strukturreform der Ausbildungsförderung

doi: 10.17176/20231207-165219-0

Es ist Bewegung in der seit über 50 Jahren strukturgleichen Ausbildungsförderung. Im Schatten einer sich anbahnenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die das Bundesverwaltungsgericht vorgelegt hatte, stellte der Haushaltsausschuss des Bundestages (allerdings noch vor Bekanntagabe der Haushaltssperre) zusätzliche 150 Millionen Euro für eine etwaige Neuberechnung der Sätze und eine Strukturreform des BAföG zur Verfügung. Wofür braucht es diese Mittel? Das bestehende Ausbildungsförderungssystem erkennt die aus dem Sozialstaatsprinzip resultierende Verpflichtung des Staates an, „die berufliche Chancengleichheit aller jungen Menschen" sicherzustellen. Fraglich ist indes, ob die derzeitige Ausgestaltung der Ausbildungsförderung diesem Anspruch noch gerecht wird.

Wachsende Diskrepanz zwischen den Regelsätzen nach dem BAföG und dem SGB II/XII

Nach § 1 BAföG besteht für eine der Neigung, Eignung und Leistung entsprechende Ausbildung ein Rechtsanspruch auf individuelle Ausbildungsförderung, wenn dem Auszubildenden die für seinen Lebensunterhalt und seine Ausbildung erforderlichen Mittel anderweitig nicht zur Verfügung stehen. Nach dem BAföG förderungsfähig sind schulische Berufsausbildungen, schulische Abschlüsse auf dem zweiten Bildungsweg und das Studium an Hochschulen, Fachhochschulen und Akademien (§2 Abs. 1 BAföG). Im Jahr 2022 waren 78% der nach dem BAföG geförderten Auszubildenden Studierende. Seit Juli 2022 legt das BAföG einen monatlichen Bedarf von 452 Euro für die Lebensunterhalts- und Ausbildungskosten von Studierenden zugrunde (§13 Abs. 1 Nr. 2 BAföG). Außerhalb des elterlichen Haushalts lebende Auszubildende erhalten für die Kosten der Unterkunft einen pauschalen Wohnkostenzuschlag in Höhe von aktuell 360 Euro (§13 Abs. 2 Nr. 2 BAföG). Die Leistungen nach dem BAföG liegen damit deutlich unter dem für die existenzsichernden Leistungen maßgeblichen Regelsatz nach dem SGB II bzw. SGB XII. Gründe dafür sind sowohl die Ermittlung als auch die Fortschreibung der Grundbedarfssätze: Ihnen liegen keine konkreten statistischen Bezugsgrößen zugrunde, sie wurden vielmehr 1971 erstmals normativ wertend festgelegt und seitdem in ihrer „relativen Weiterentwicklung" (prozentual) alle zwei Jahre fortgeschrieben.

Den Maßstab für die Fortschreibung bildet die Entwicklung der Einkommensverhältnisse und der Vermögensbildung, der Lebenshaltungskosten sowie der finanzwirtschaftlichen Entwicklung (§ 35 S. 2 BAföG). Damit sind die BAföG-Sätze zwar an die wirtschaftliche Entwicklung und Inflation gekoppelt, orientieren sich aber nicht am tatsächlichen Bedarf der Studierenden. Die Diskrepanz zur bedarfsorientierten Ermittlung und Fortschreibung der Regelsätze nach dem SGB II bzw. SGB XII ist deutlich: Während die Sätze der Regelbedarfsstufe 1 im SGB II von 2022 bis 2023 um rund 12 Prozent stiegen, wurde der Grundbedarf für Studierende nach dem BAföG zum Wintersemester 22/23 um 5,75% angehoben. Die bundesweit einheitliche Wohnpauschale stieg „überproportional" um 11% auf 360 Euro. Dies steht freilich, gerade in Großstädten, in keinem Verhältnis zur tatsächlichen Höhe der Mietpreise. Zur Veranschaulichung: Im Rahmen der Grundsicherung gilt für eine Einzelperson in München aktuell eine Bruttokaltmiete von bis zu 781 Euro als angemessen.

Die Ausbildungsförderung für Studierende wird grundsätzlich zur Hälfte als Darlehen geleistet (§ 17 Abs. 2 S. 1 BAföG). Zudem ist der Bezug von Ausbildungsförderung an Bedingungen geknüpft: Wer Altersgrenzen überschreitet, sich zu oft oder zu spät für eine andere Fachrichtung entscheidet, das Studium nicht in Regelstudienzeit abschließt (was 2021 nur 32 % der Studierenden gelang) oder im Laufe des Studiums keine hinreichenden Leistungsnachweise erbringt, verliert den Anspruch auf Ausbildungsförderung. Da in diesen Fällen zwar die auszubildende *Person* keinen BAföG-Anspruch hat, die von ihr betriebene *Ausbildung* aber nach dem BAföG förderungsfähig ist, besteht auch grundsätzlich kein Anspruch auf Bürgergeld (§ 7 Abs. 5 SGB II). Nach der Logik des

SGB II hat die auszubildende Person in diesen Fällen die Ausbildung abzubrechen und sich dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen.

Von Nebenjobs und Kindergeld

Gerechtfertigt wird die derzeitige Ausgestaltung der Bedarfssätze in der Ausbildungsförderung von Teilen der Rechtsprechung mit der Annahme, dass Studierenden typischerweise eine Nebenerwerbstätigkeit zumutbar sei, um die Differenz zum tatsächlichen Grundbedarf sowie darüberhinausgehende ausbildungsbedingte Bedarfe zu decken. Zudem erhielten Studierende typischerweise Kindergeld von ihren Eltern weitergeleitet, das im Rahmen des BAföG von einer Anrechnung als Einkommen freigestellt ist (so bspw. das OVG Niedersachsen). Ein entsprechend niedrigerer Grundbedarf der Studierenden lässt sich damit jedoch nicht begründen: Eine Nebenerwerbsobliegenheit ist weder ausdrücklich normiert, noch geht sie aus den Gesetzgebungsmaterialien hervor. Vielmehr läuft sie der Konzeption des BAföG zuwider, das von einer Vollzeitausbildung in Regelstudienzeit ausgeht (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 und § 15a BAföG). Wie prekär derartige „Studijobs“ mitunter sein können, hat sich erst kürzlich in der Pandemie gezeigt, als nicht wenige Studierende ihre Nebenjobs von einem auf den anderen Tag verloren haben (dazu etwa hier und hier), ohne durch das BAföG oder die Grundsicherungssysteme aufgefangen zu werden. Auch die Berücksichtigung des Kindergeldes, das der steuerlichen Freistellung des Existenzminimums bzw. der Förderung der Familie dient (§ 31 Abs. 1 S. 1 und 2 EStG), führt nicht zu einem typischerweise niedrigeren Bedarf. Zum einen haben die Auszubildenden gegenüber ihren Eltern keinen Rechtsanspruch auf Weiterleitung des Kindergelds. Zwar hat es das BVerfG auf dem Gebiet des SGB II gebilligt, im elterlichen Haushalt lebende, junge Erwachsene auf eine nur *moralische* Unterhaltsverpflichtung der Eltern zu verweisen. Allerdings ist die dafür erforderliche Wirtschaftsgemeinschaft zusammenlebender Familienmitglieder im Bereich der Ausbildungsförderung nicht regelhaft gegeben. Zum anderen besteht der Kindergeldanspruch in der Regel nur bis zum 25. Lebensjahr.

Typisierung versus realitätsgerechte Erfassung - wie streng ist der verfassungsrechtliche Maßstab?

Sowohl hinsichtlich der 1971 „wertend normativ“ festgesetzten Bedarfssätze als auch in Bezug auf die bundesweit einheitliche Wohnkostenpauschale wird sich vielerorts auf die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers berufen (so bspw. die Bundesregierung und das BMBF). Tatsächlich können Typisierungen insbesondere zur Ordnung von Massenerscheinungen zulässig sein (so das BVerfG etwa hier und hier). Der demnach grundsätzlich bestehenden Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers sind allerdings verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darf der Gesetzgeber auf den Gebieten der Massenverwaltung von einem Gesamtbild ausgehen, das sich aus den ihm vorliegenden Erfahrungen ergibt (hier, hier und hier), sofern nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betroffen ist und diese Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären (hier und hier). Schon unter Anwendung dieses allgemeinen Maßstabs ist zumindest bedenklich, wie der Gesetzgeber die BAföG-Sätze bemisst. Insbesondere ist nicht ersichtlich, auf welche Erfahrungssätze die „normativ wertende“ Festsetzung der Bedarfssätze Bezug nimmt. Dabei ließe sich der existenzielle Bedarf anhand der für die Ermittlung der Regelbedarfe im SGB II und SGB XII vorgenommenen Sonderauswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe bestimmen. Hinsichtlich des Unterkunftskostenbedarfs ließen sich Wohngeldtabellen als Datengrundlage heranziehen. Damit wäre zwar noch keine genaue, aber jedenfalls eine *genauere* Bestimmung der BAföG-Sätze ohne Schwierigkeiten möglich.

Das „neue Grundrecht“ auf individuelle Ausbildungsförderung

Nicht zuletzt folgt aus dem Sozialstaatsprinzip und dem Grundrecht auf gleichberechtigte Teilhabe am Bildungssystem, dass die typisierte Leistungsbemessung im Rahmen der Ausbildungsförderung nochmals gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegt: In seinem Vorlagebeschluss argumentiert das BVerwG nicht anhand des für die Existenzsicherung maßgeblichen Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, für das eine Pflicht zu einer möglichst aktuellen und realitätsgerechten Bestimmung der Bedarfe verfassungsgerichtlich anerkannt ist (hier, hier und hier), sondern anhand eines aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG konstruierten Grundrechts auf gleichberechtigte Teilhabe am Bildungssystem. Letz-

teres trat in der Rechtsprechung des BVerfG bislang nur im Kontext der Verfassungsmäßigkeit von Studiengebühren, nicht jedoch als Maßstab für die Bemessung staatlicher Geldleistungen in Erscheinung. Für den Zugang zum Hochschulstudium macht es jedoch – wie das BVerwG überzeugend ausführt – keinen Unterschied, ob der Gesetzgeber unüberwindbare Zugangserschwernisse (etwa in Form hoher Studiengebühren) schafft, oder ob er bestehenden unüberwindlichen sozialen Barrieren, wie etwa der Aussicht, während der Ausbildung Lebensunterhalt und Ausbildungskosten nicht finanzieren zu können, nicht wirksam entgegentritt. Aus dem Grundrecht auf gleichberechtigte Teilhabe am Bildungssystem folgt demnach auch die objektiv-rechtliche Verpflichtung, ein hinreichendes Ausbildungsförderungssystem zu schaffen. Diesen an den Gesetzgeber gerichteten Auftrag entwickelt das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss zu einem *subjektiven Recht* der Auszubildenden auf individuelle staatliche Ausbildungsförderung fort.

Inhalt dieses Rechts ist die Gewährleistung sowohl der existenziellen als auch der ausbildungsbezogenen Bedarfe (so auch das BVerwG), die sich als ausbildungsbezogenes Existenzminimum zusammenfassen lassen. Welche Maßstäbe gelten nun für das neue Grundrecht auf ein ausbildungsbezogenes Existenzminimum? Das Grundrecht auf ein ausbildungsbezogenes Existenzminimum aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG beinhaltet die gleiche Sozialstaatskomponente wie das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG ist daher insoweit übertragbar, wie sie auf den Sozialstaatsbestandteil des Kombinationsgrundrechts Bezug nimmt. Hinsichtlich der Pflicht zur realitätsgerechten Bestimmung der Leistungshöhe ist dies der Fall:

> *„Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen"* (hier und hier).

Für den notwendigen Bezug zur sozialen Wirklichkeit kann damit im Bereich der Ausbildungsförderung nichts anderes gelten als im Bereich der Grundsicherung. Dies gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil der ausbildungsbezogene Bedarf in dem Moment zu decken ist, in welchem er anfällt (so auch das BVerwG). Diese Pflicht zur realitätsgerechten Erfassung der sozialen Wirklichkeit bezieht sich demnach sowohl auf die Lebensunterhalts- als auch auf die Ausbildungskosten. Gemessen hieran ist kaum zu erklären, warum der BAföG-Grundbedarf bereits hinter der Regelleistung nach dem SGB II/SGB XII zurückbleibt, die allein den existenznotwendigen Bedarf sichern soll.

Ausblick

Zwar betrifft das aktuell vor dem BVerfG anhängige Verfahren nur den Zeitraum von Oktober 2014 bis Februar 2015 und hat allein die Vereinbarkeit des Grundbedarfssatzes für Studierende mit Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip zum Gegenstand. Die im Vorlagebeschluss des BVerwG aufgeworfene Argumentation hat allerdings Implikationen über den streitgegenständlichen Zeitraum und den streitgegenständlichen Leistungsbestandteil hinaus: Ausgehend von der Prämisse, dass zur Verwirklichung gleichberechtigter Teilhabe am staatlichen Bildungssystem existenznotwendige und ausbildungsbezogene Bedarfe vollständig zu erfassen und durch Leistungen individueller Ausbildungsförderung zu sichern sind, ist eine bedarfsgerechte Anpassung sowohl der derzeitigen Grundbedarfe als auch der Wohnkostenpauschale für Schüler:innen und Studierende verfassungsrechtlich geboten. Davon würden auch Bezieher:innen der Berufsausbildungsbeihilfe profitieren (§§ 61 Abs. 1, 62 Abs. 1 und 2, 66 SGB III). Demgegenüber sind die persönlichen Leistungsausschlüsse bei Überschreiten von Altersgrenzen, der Regelstudienzeit, Vorschriften zu Fachrichtungswechseln und Leistungsnachweisen nicht unmittelbar durch das anhängige Verfahren betroffen.

Die Anerkennung eines Grundrechts auf individuelle Ausbildungsförderung führt indes auch hier zu Reformbedarf: Zwar steht das Grundrecht auf individuelle Ausbildungsförderung unter dem Vorbehalt dessen, was die einzelne Person vernünftigerweise von der Gesellschaft erwarten kann. Die durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip zum staatlichen Gestaltungsauftrag erhobene, faktische Bildungschancengerechtigkeit kann allerdings nicht erreicht werden, wenn der Gesetzgeber von denjenigen Studierenden, die ihre Bedarfe nicht aus eigenen bzw. elterlichen Mitteln decken können, faktisch erwartet, zu den schnellsten 32% der Studierenden zu gehören. Auch den Auszubildenden, die auf die individuelle Förderung angewiesen sind, ist

ein zumindest durchschnittliches Studienverhalten zuzugestehen. Ein sozialstaatskonformes Ausbildungsförderungssystem darf sich nicht darauf beschränken, allein den Leistungsstärksten eine (Hochschul-) Ausbildung zu ermöglichen. Geboten ist vielmehr eine Strukturreform der Ausbildungsförderung, die es allen Auszubildenden ermöglicht, ihr Recht auf (Hochschul-) Bildung auch tatsächlich einzulösen.

Jannis Krüßmann

Wie lange dauert eine Autobahndemo?

Behördliche Gefahrenprognosen zur Dauer von Versammlungen auf Autobahnen auf dem Prüfstand

doi: 10.17176/20231208-094724-0

Bei versammlungsrechtlichen Eilanträgen müssen Verwaltungsgerichte in kurzer Zeit komplexe Sachverhalte gerechten Lösungen zuführen – dies gilt in besonderer Weise bei Versammlungen auf Autobahnen. Oftmals entscheidendes Kriterium ist dabei, für welchen Zeitraum eine Autobahn für eine Versammlung gesperrt werden müsste. Angesichts dieser Frage wirken viele Verwaltungsgerichte häufig seltsam hilflos und übernehmen die behördlichen Gefahrenprognosen allzu unkritisch, was zu voreiligen Verboten von Versammlungen auf Autobahnen führt. Tatsächliche Evidenz wird dabei kaum berücksichtigt, auch weil sie kaum vorhanden ist. Zeit, dass sich das ändert.

Freihändige Abwägungen statt strenger gerichtlicher Überprüfung

Versammlungen auf Autobahnen, üblicherweise Fahrradaufzüge, sind nicht zuletzt durch die Klimaproteste seit 2019 und ein gesetzgeberisches Pauschalverbot im neuen Versammlungsgesetz NRW vermehrt Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Eilverfahren und auch von Verfassungsbeschwerden vor dem VerfGH NRW geworden. In ständiger Rechtsprechung unter Verweis auf den Brokdorf-Beschluss stellt das BVerfG strenge Anforderungen an behördliche Gefahrenprognosen, namentlich sind „konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich; bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen hierzu nicht aus“ (BVerfG, u.a. Beschluss vom 20.4.2017 – 1 BvR 2794/10, Rn. 23). Auch diese „prognostischen Elemente“ unterliegen einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle (2 BvR 1754/14, Rn. 53).

Diese verwaltungsgerichtliche Kontrolle, gerade bei den üblichen summarischen Prüfungen in Eilverfahren, sieht im Falle von Versammlungen auf Autobahnen zumeist so aus, dass ein ganzes Bündel an Kriterien in einer Gesamtabwägung miteinander verwoben wird, die dann mehr oder minder freihändig in ein Abwägungsergebnis münden: Der Versammlungszweck und sein Bezug zur Autobahn, Tag und Uhrzeit, die Länge und Bedeutung des betreffenden Autobahnabschnitts, die Anzahl der Anschlussstellen bzw. Autobahnkreuze, Ausweichmöglichkeiten für den Verkehr, die Vorhersehbarkeit und Vorbereitungszeit, die erwartete Teilnehmendenanzahl sowie ggf. spezifische Begleitumstände (Baustellen, Festivals, etc.). Ein besonders großes Gewicht kommt jedoch üblicherweise der erwarteten notwendigen Dauer der Autobahnsperrung zu.

Gutgläubige Verwaltungsgerichte?

Der weit überwiegende Teil der Verwaltungsgerichte lässt den Polizei- und Ordnungsbehörden bei der Prognose dieser Sperrdauern freie Hand – und vernachlässigt dabei die notwendig strenge gerichtliche Kontrolle. Darf man einigen Verwaltungsgerichten Glauben schenken, so würden manche Versammlungen auf Autobahnen ein beinahe nicht enden wollendes Verkehrschaos verursachen – in der Konsequenz wurden die Eilanträge in diesen Fällen stets abgelehnt und die Fahrradaufzüge blieben verboten:

Das OVG NRW nahm für einen Abschnitt von ca. 8,8km auf der A555 eine Sperrdauer von acht Stunden an (15 B 1370/17, Rn. 23). In einem anderen Beschluss hält das OVG NRW eine Sperrung der A46 von fünf Stunden für einen Autobahnabschnitt, dessen Länge nicht genannt wird, für erforderlich (15 B 1445/21, Rn. 14). Für einen immerhin knapp 19km langen Abschnitt der A39 erachtet das OVG Niedersachsen die Einschätzung der beteiligten Autobahn GmbH für realistisch, wonach die Strecke für fünf bis sieben Stunden gesperrt werden müsste (10 ME 52/23, Rn. 12 bei juris). Das VG Karlsruhe hält eine Prognose der Polizei für nachvollziehbar, wonach der rund 10km lange Abschnitt der A656 zwischen Heidelberg und Mannheim für „mindestens einen halben Tag gesperrt werden“ müsste (7 K 8662/17, Rn. 18). Das VG Augsburg rechnet für einen Abschnitt der A8 von 2km Länge mit

einer Sperrung von sechseinhalb Stunden (Au 8 S 23.309, Rn. 7, 34).

Daneben gibt es auch eine Reihe anderer Verwaltungsgerichte, die sich ebenfalls die behördlichen Prognosen zur Sperrdauer von Versammlungen zu eigen machen – bloß mit dem Unterschied, dass diese realistischer wirken: Das OVG Sachsen-Anhalt rechnete im Jahr 1993 mit 30-45 Minuten für 7km Strecke (2 M 24/93, Rn. 9 bei juris). Der VGH Hessen ging davon aus, dass ein Fahrradaufzug für 1,4km ca. 20 Minuten benötige (2 B 1359/13, Rn. 9). Der VGH Bayern beanstandete eine Prognose von ca. 90 Minuten für eine Strecke von immerhin 17,2km nicht (10 CS 21.2196, Rn. 19, 12).

Fehlende Evidenz erschwert gerichtliche Kontrolle

Unabhängig davon, ob Behörden realistische Sperrdauern prognostizieren oder nicht, stellt es ein Problem der notwendigen strengen gerichtlichen Kontrolle dar, dass Verwaltungsgerichte die Angaben der Behörden oft unkritisch übernehmen. Zugegebenermaßen verbleiben den Gerichten in den klassischen Eilverfahren oft nur Tage, wenn nicht Stunden, und damit nicht ausreichend Zeit für eine umfangreiche (Über-)Prüfung des Sachverhalts und der behördlichen Sperrprognose.

Besonders problematisch in dieser Situation ist, dass die Gerichte sich erst über behördliche Prognosen hinwegsetzen müssten, um zu sehen, ob diese tatsächlich nicht tragen – und sich damit gewissermaßen gegen den (professionellen) Rat wenden. Dieses Risiko mögen viele Kammern, zumal in Eilverfahren, scheuen. Ein freihändiger Plausibilitäts-Check kann den dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstäben gleichwohl nicht genügen. So bleiben Fragen zur Vereinbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Praxis mit den Vorgaben des BVerfG offen.

Evidenzbasiertes Musterbeispiel aus dem Norden

Einen sachgerechten und evidenzbasierten Umgang mit den Vorgaben des BVerfG hat dagegen das VG Oldenburg anlässlich eines Fahrradaufzugs über die A28 im April 2023 gefunden: Nach einem Verbot der Teilstrecke über die Autobahn durch die Versammlungsbehörde stellte die Versammlungsleitung einen Eilantrag beim Verwaltungsgericht. Die Behörde legte im Eilverfahren ihre Gefahrenprognose dar, wonach der betreffende Abschnitt der Autobahn von 7km Länge für vier bis fünf Stunden gesperrt werden müsste. Die hinzugezogene Autobahn GmbH schlüsselte in ihrer Stellungnahme die einzelnen Maßnahmen für die Sperrung der A28 detailliert und mit Zeitangaben auf und kam ebenfalls auf eine gesamte Sperrdauer von mindestens vier Stunden (Stellungnahme vom 20.04.2023, S. 4).

Der Antragsteller legte daraufhin Daten anderer Autobahnsperrungen anlässlich von Fahrradaufzügen vor, die Anfragen nach dem (Umwelt-)Informationsfreiheitsgesetz bei den betreffenden Polizeibehörden ergeben hatte. Unter eingehender Würdigung dieser befand das VG Oldenburg wie folgt und gab dem Eilantrag im Ergebnis statt:

> „Hinsichtlich des insoweit anzunehmenden Zeitaufwands für die Sperrung dürfte sich hier ein Vergleich mit der Fahrrad-Demonstration auf der A7 am 6. Juni 2021 anbieten. […] Die Gesamtlänge betrug 8,8 km. Nach der Mitteilung des Polizeipräsidiums Osthessen war die Autobahn für diese Versammlung von 9:33 Uhr bis 11:55 Uhr gesperrt, mithin für zwei Stunden. Anlässlich des Umstands, dass bei der streitgegenständlichen Versammlung auf der A28 zwischen der Anschlussstelle Wechloy und der Anschlussstelle Neuenkruge auf einer Strecke von insgesamt 7 km lediglich zwei Anschlussstellen – und nicht drei wie im Fall in Hessen – und zudem für eine kürzere Teilstrecke eine Sperrung erforderlich ist, ist nicht ersichtlich, dass und warum die Sperrung hier vier bis fünf Stunden andauern und damit der doppelte Zeitaufwand erforderlich sein soll.“ (VG Oldenburg, Beschluss vom 21.04.2023, Az. 7 B 1106/23, Rn. 26)

Der Vergleich mit den tatsächlichen Sperrdauern vergleichbarer Versammlungen auf Autobahnen zog somit die polizeiliche Gefahrenprognose erheblich in Zweifel. Die Beurteilung des VG Oldenburg zeugte dabei von Gewissenhaftigkeit bei der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und war auch im Ergebnis vollkommen zutreffend, wie sich herausstellen sollte: Eine Abfrage bei der zuständigen Polizeibehörde offenbarte im Nachhinein, dass der Fahrradaufzug tatsächlich nur exakt eine Stunde und 44 Minuten für die Strecke brauchte, und damit rund ein Drittel der von der Polizei in ihrer Gefahrenprognose veranschlagten Zeit. Auch die Autobahn GmbH, deren täglich Brot solche Prognosen eigentlich sein soll-

ten, überschätzte die tatsächliche Sperrdauer drastisch.

Tatsächliche Sperrdauern für Versammlungen auf Autobahnen

Eine Reihe von Anfragen nach den jeweiligen (Umwelt-)Informationsfreiheitsgesetzen, die der Autor des Beitrags im Verlauf des Jahres bei Polizeibehörden in ganz Deutschland über das Portal FragDenStaat gestellt hat, vermittelt einen Eindruck der tatsächlichen Dauer von Fahrradaufzügen auf Autobahnen. Wenngleich (fast) jede Versammlung individuell ist, so lassen sich doch Gemeinsamkeiten erkennen: Mit Ausnahme mehrerer Versammlungen im Zusammenhang mit einer sog. Sternfahrt im August 2023 im Raum Frankfurt a. M./Wiesbaden, bei der insgesamt vier Aufzüge an einem Tag über Autobahnen stattfanden und sich mutmaßlich gegenseitig aufeinander auswirkten, dauerte keine der Autobahnsperrungen länger als zwei Stunden. Bei mehreren Aufzügen dauerte die Sperrung der Autobahn nur rund eine halbe Stunde. Die Abschnitte waren teils im Stadtgebiet (z.B. A100 in Berlin), teils nicht. Die Abschnitte waren jeweils nicht länger als 10km, wobei die Länge zwar in der Tendenz, aber nicht unbedingt mit einer längeren Sperrdauer korrelierte.

Dauer der Sperrung	Distanz	Datum	Ort	FragDenStaat-Anfrage
1h 35min	3,6km	23.04.2023	A96 in München	Link
1h 21min	6,8km	05.03.2023	A100 in Berlin	Link
57min	1,6km	10.09.2021	A100 in Berlin	Link
1h 7min	4,6km	28.11.2020	A100 in Berlin	Link
45min	4,6km	14.11.2020	A100 in Berlin	Link
20min	1km	10.07.2022	A656 bei Mannheim	Link
25min	1km	04.07.2021	A656 bei Mannheim	Link
30min	5,3km	20.06.2021	A96 bei Wangen (Allgäu)	Link
40min	ca. 1,5km	18.06.2023	A255 in Hamburg	Link
54min	ca. 1,5km	19.06.2022	A255 in Hamburg	Link
1h 17min	ca. 1,5km	12.12.2020	A255 in Hamburg	Link
2h 38min	5,1km	28.08.2022	A648 bei Frankfurt/Main (Fahrradsternfahrt)	Link
2h 32min	1,4km	28.08.2022	A66 bei Frankfurt/Main (Fahrradsternfahrt)	Link
2h 10min	8,1km	28.08.2023	A66 bei Wiesbaden (Fahrradsternfahrt)	Link
1h 50min	7,2km	28.08.2023	A66 bei Wiesbaden (Fahrradsternfahrt)	Link
2h	9km	07.06.2021	A7 bei Fulda (*hierzu Hess. VGH, Beschluss vom 4. Juni 2021 – 2 B 1201/21*)	Link
1h 44min	7km	23.04.2023	A28 bei Oldenburg (*hierzu VG Oldenburg, Beschluss vom 21.04.2023 - 7 B 1106/23*)	Link

Sämtliche aufgeführten Anfragen über FragDenStaat können hier abgerufen werden.

„Gegenindizien" für kritische und evidenzbasierte Prüfungen

Mangels verfügbarer Evidenz fehlte vielen Verwaltungsgerichten bislang die Möglichkeit, behördliche Gefahrenprognosen für die Sperrung von Autobahnen für Versammlungen einer angemessen kritischen Prüfung zu unterziehen. Angesichts der aufgeführten tatsächlichen Sperrdauern scheinen viele behördliche Prognosen für die Sperrung von Autobahnen (teils deutlich) übertrieben.

Neben der erforderlichen strengen Prüfung hat das BVerfG auch die Notwendigkeit einer unvoreingenommenen Prüfung hervorgehoben:

> „Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde oder den Gerichten zu Grunde gelegte Gefahrenprognose auch Gegenindizien, so haben sich die Behörde und die Gerichte auch mit diesen in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise auseinanderzusetzen [m. w. N.]." (BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 7. November 2008 – 1 BvQ 43/08 –, Rn. 21)

Die Ergebnisse der Abfragen stellen hoffentlich solche „Gegenindizien" gegenüber übertriebenen behördlichen Sperrprognosen dar und bieten damit Anlass und Grundlage für Verwaltungsgerichte, künftig eine kritische und evidenzbasierte Prüfung, auch wenn sie im Eilverfahren nur summarisch ist, vorzunehmen.

Bei all dem gilt es, die Verhältnismäßigkeit von Autobahnsperrungen nicht aus dem Auge zu verlieren: Staus sind auf deutschen Autobahnen alltäglich – der ADAC zählte im Jahr 2022 insgesamt ca. 474.000 Staus – und müssen der Bedeutung von Art. 8 GG und gerade bei Autobahnen auch häufig genug Art. 20a GG gegenübergestellt werden. Und wenn die hessische Polizei die A67 bei Rüsselsheim für 15 Minuten sperren kann, um einer Entenfamilie über die Straße zu helfen und dabei nach eigener Aussage auf verständnisvolle Autofahrer:innen trifft, dann dürfte der Grundrechtsschutz von Versammlungen dahinter schwerlich zurückbleiben.

Transparenzhinweis: Der Autor engagiert sich in der Rechtshilfe-AG von Fridays for Future Deutschland und hat in dieser Tätigkeit auf Seiten des Antragsstellers an dem erwähnten Verfahren vor dem VG Oldenburg mitgewirkt.

Simon Pschorr

Die Staatsanwaltschaft in der Versammlung

doi: 10.17176/20231216-111256-0

Der Gaza-Konflikt prägt aktuell die deutsche Meinungslandschaft. Bürger*innen bringen ihre Meinung in den sozialen Medien und auf der Straße zum Ausdruck. Zuletzt mehrten sich Kundgebungen in deutschen Großstädten, die handgreiflich eskalierten oder – hinreichend wahrscheinlich strafrechtlich relevant – zu Hass aufstachelten. Die Versammlungsbehörden reagierten darauf wiederholt mit überschießenden Versammlungsverboten, um antisemitischen Straftaten vorzubeugen. In Frankfurt und München wurde Anträgen gegen Verbotsverfügungen stattgegeben. Erneut wird über Änderungen des Versammlungsrechts diskutiert. Einen anderen Umgang wählte nunmehr die Staatsanwaltschaft Wuppertal: Sie entsandte nach Berichten in den sozialen Medien einen Staatsanwalt in eine Großdemonstration am 11.11.2023. Anders als bei den Tag-X-Demos soll sich dieser nicht nur am Rande der Versammlung bereitgehalten haben, sondern mit einem Dolmetscher durch die Versammlung gegangen sein, um die strafrechtliche Relevanz von Parolen zu prüfen. Nun sind Polizeidolmetscher regelmäßig bei Pro-Palästina-Demos im Einsatz und auch Staatsanwält*innen dürfen von ihrer Versammlungsfreiheit – in den Grenzen des Mäßigungsgebots – Gebrauch machen. Doch ist die Präsenz auf einer Versammlung in Amtsfunktion keinesfalls (verfassungsrechtlich) unproblematisch. Das Vorgehen der Wuppertaler Behörden hätte einer Ermächtigungsgrundlage bedurft, doch halten weder die Versammlungsgesetze noch die Strafprozessordnung eine solche bereit. Diese Maßnahme der Verfolgungsvorsorge entpuppt sich bei genauer Analyse als strafprozessual unzulässige strategische Überwachung aufgrund eines Generalverdachts, deren Ziel mit milderen Maßnahmen auf gesetzlicher Grundlage erreicht werden kann.

Eingriffswirkung der Präsenz der Staatsgewalt

Eine Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen der Wuppertaler Staatsanwaltschaft ist nur nötig, wenn die Präsenz eines Staatsanwalts in einer Versammlung einen Eingriff in Grundrechte – konkret in die Versammlungsfreiheit – bedeutete. Der Nordrhein-Westfälische Landesgesetzgeber ging 2021 davon aus, dass die Präsenz der Ordnungsbehörden, genauer der Polizei, bei Versammlungen unter freiem Himmel selbstverständlich erforderlich sei, um die Einhaltung von Recht und Gesetz sicherzustellen, weshalb es einer besonderen Regelung nicht bedürfe (LT-Drs. 17/12423, S. 82). Der darin zum Ausdruck kommende Generalverdacht gegenüber jeder politisch engagierten kollektiven Erörterung und Kundgabe von Meinungen – gleichsam ein Versammeln unter Aufsicht – ist einer polizeistaatlichen Ordnung immanent, verkennt jedoch die Grundwertungen des Art. 8 Abs. 1 GG.[1] Versammlungen sind vielmehr ein staatsfreier Raum unmittelbarer Demokratie.[2] Die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen, ist deshalb nicht nur dann betroffen, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst wird, sondern auch dann, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen (auch nur) faktisch beschränkt wird. Ein Eingriff liegt unter anderem vor, wenn staatliche Maßnahmen Personen von der Teilnahme an Versammlungen abschrecken. Die Präsenz staatlicher Hoheitsträger hinterlässt bei (potentiellen) Versammlungsteilnehmer*innen den Anschein der Observation und Überwachung, selbst wenn es der Polizei allein um den Schutz der Versammlung oder „lediglich“ um eine Beobachtung der Versammlung geht (VGH München Rn. 23). Muss man damit rechnen, dass die eigene Anwesenheit oder das Verhalten bei einer Veranstal-

[1] Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 2.

[2] Ridder/Breitbach/Deiseroth/Lembke § 12 Rn. 5.

tung durch Behörden registriert wird, kann dies von einer Teilnahme abschrecken oder zu ungewollten Verhaltensweisen zwingen, um den Erwartungen der beobachtenden Polizeibeamten möglicherweise gerecht zu werden, sog. "chilling effect" (VG Leipzig Rn. 21, vgl. auch VG Freiburg Rn. 35). Angesichts dessen wird die Entsendung von Polizist*innen in Versammlungen mittlerweile ganz herrschend als faktischer Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG gewertet (etwa VGH München Rn. 23; OVG Lüneburg; VG Göttingen Rn. 19; vgl. auch VG Magdeburg Rn. 23).[3] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass zu einer öffentlichen Versammlung jedermann Zugang habe. Schließlich verlangen Amtsträger*innen nicht als Grundrechtsberechtigte, sondern in amtlicher Funktion, also als Grundrechtsverpflichtete Zutritt (VGH München Rn. 25). Suchen Staatsanwält*innen Versammlungen in amtlicher Funktion – wie hier zusammen mit Dolmetscher*innen – auf, um Versammlungsinhalte zu dokumentieren und das Versammlungsgeschehen zu beobachten, bedeutet das mithin einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit und bedarf also einer Ermächtigungsgrundlage.

Strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage

Die Versammlungsgesetze sehen deshalb Rechtsgrundlagen für die Entsendung der Polizei in öffentliche Versammlungen vor.[4] Ausschließlich das nordrhein-westfälische Versammlungsgesetz beschränkt sich auf eine rechtliche Regelung der Entsendung in Versammlungen in geschlossenen Räumen (§ 23 Abs. 3 NRWVersG). Sachsen-Anhalt hat auf die Kodifikation jedweder Ermächtigungsgrundlagen verzichtet, hielt man dort nur die Anwesenheit der Polizei im Einvernehmen mit der Versammlungsleitung (für die kein Regelungsbedarf besteht) für verfassungskonform.[5]

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Anwesenheit von Vertreter*innen der Staatsanwaltschaft ist jedoch keinem Versammlungsgesetz zu entnehmen, beschränken sich die Regelungen doch auf die Polizei im institutionellen Sinne, mithin den Polizeivollzugsdienst.[6] Dieser stellt zwar gem. § 152 Abs. 2 GVG i.V.m. der maßgeblichen Landesverordung Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, ist aber weder in die Staatsanwaltschaft eingegliedert[7] noch im Angesicht des Versammlungsrechts strukturell vergleichbar, werden Polizist*innen doch präventiv in Versammlungen entsandt, während die Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung repressiv tätig wird. Deshalb kann nicht gleichsam *a maiore ad minus* aus der Ermächtigung der Polizei auch auf die Ermächtigung der Staatsanwaltschaft zur Anwesenheit in Versammlungen geschlossen werden.

Auch in der Strafprozessordnung sucht man eine Spezialermächtigung zur Entsendung von Staatsanwält*innen in Versammlungen vergeblich. Einzig die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 S. 1 StPO könnte als Eingriffsgrundlage herangezogen werden. Danach kann die Staatsanwaltschaft Ermittlungen jeder Art selbst vornehmen. Allerdings legitimiert die Norm angesichts des Wesentlichkeitsgrundsatzes nur wenig intensive Grundrechtseingriffe, etwa die Aufforderung zur Herausgabe einzelner IP-Adressen, nicht aber ein verdecktes Verhör (BGH Rn. 18). Kurzfristige Observationen werden von § 161 StPO erfasst.[8] Doch kommt der vorliegenden Maßnahme eine über die reine Informationsgewinnung oder auch nur kurzfristige Observation im Rahmen einer Überwachung hinausgehende Grundrechtsrelevanz[9] zu: Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG führt zu einer besonderen Bloßstellung der (scheinbar besonders gefährlichen) Versammlung und ihrer Teilnehmer. Das macht eine Spezialermächtigung erforderlich.

Weiterhin könnte eine Anwendung des § 161 Abs. 1 S. 1 StPO an Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG scheitern. Weil Art. 8 Abs. 2 GG (für Versammlungen unter freiem Himmel) einen Eingriffsvorbehalt vorsieht, findet das Zitiergebot Anwendung (BVerfG hier und hier). Keine Norm der Strafprozessordnung benennt Grundrechte, in welche sie

[3] s.a. Ridder/Breitbach/Deiseroth/Lembke § 12 Rn. 6 ff.; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 6; Riedel, JURA 2010, 144, 146; Ketterer/Sauer, JURA 2010, 717, 718; wohl auch Peters/Janz/Groscurth G. Rn. 220; aA Scherff, GSZ 2023, 30, 32.

[4] §§ 18 Abs. 1, 12 VersG (zu Aufzügen siehe allerdings Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 2; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 25 f.); § 11 BerlVersFG; § 10 SHVersFG; Art. 4 Abs. 3 BayVersG; § 11 NVersG; § 11 HVersFG; § 11 SächsVersG.

[5] Bücken-Thielmeyer, LKV 2010, 107, 109.

[6] Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 3; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 5; Peters/Janz/Lux D. Rn. 132.

[7] Vgl. MüKo StPO/Kölbel § 161 Rn. 12.

[8] BeckOK StPO/Sackreuther § 161 Rn. 11.

[9] MüKo StPO/Kölbel § 161 Rn. 9.

eingreift.[10] Zwar findet das Zitiergebot nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder Anwendung auf vorkonstitutionelles Recht noch auf die Fortentwicklung von bereits bestehenden Eingriffsbefugnissen (BVerfG Rn. 14 f.).[11] Erweitert der Gesetzgeber Eingriffsgrundlagen jedoch deutlich, so muss er dem Zitiergebot Rechnung tragen. Eine Generaleingriffsbefugnis der Staatsanwaltschaft für eigene Ermittlungen wurde in § 161 Abs. 1 S. 1 StPO erstmals mit dem Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) vom 11.08.2000 (GVBl. S. 1253) normiert (BayObLG Rn. 28). Dieses weist in Art. 12a nur eine Einschränkung von Art. 10 GG, nicht aber von Art. 8 GG, aus.[12] Wenn § 161 Abs. 1 S. 1 StPO (auch) als Grundlage des Eingriffs in die Versammlungsfreiheit dienen soll, scheitert sie an Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, sofern man das Zitiergebot nicht noch weiter, konkret auf finale Eingriffe einschränkt.[13] Die fehlende Zitation zeigt jedenfalls, dass § 161 Abs. 1 S. 1 StPO nicht für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit konzipiert ist. Ein Konflikt mit Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG kann durch verfassungskonforme Auslegung der Norm vermieden werden,[14] indem Eingriffe in die Versammlungsfreiheit aus ihrem Anwendungsbereich ausgeschieden werden.

Strafverfolgung oder Prävention?

Bisher wurde unterstellt, dass ein Rückgriff auf die Strafprozessordnung dem Grunde nach zulässig ist. Das setzt voraus, dass die Entsendung eines Staatsanwalts in die Versammlung ein repressives Vorgehen im Anwendungsbereich der strafprozessualen Befugnisse darstellt (vgl. VG Leipzig Rn. 30).[15] Davon sind präventive Maßnahmen der Gefahrenabwehr, besonders zur Verhütung von Straftaten, abzugrenzen.[16] Werden Staatsanwält*innen zur Wahrnehmung und Dokumentation von Anhaltspunkten für Straftaten während der Versammlung in diese entsandt, dient die Maßnahme nicht zugleich der Verhinderung eben jener Straftaten, also nicht der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit.

Auch die Verfolgung einer in der Vergangenheit liegenden konkreten Straftat wird nicht bezweckt, sollen doch Handlungen während der (zum Zeitpunkt der Entsendung noch bevorstehenden) Versammlung, die strafrechtlich relevant werden könnten, überwacht werden. Vielmehr handelt es sich um eine sog. Vorfeldmaßnahme, die zwar zeitlich präventiv,[17] aber mit dem Ziel der späteren Strafverfolgung getroffen wird, mithin um einen Fall der Strafverfolgungsvorsorge[18]. Solche Maßnahmen (etwa § 81b Var. 2 StPO, § 484 I, IV StPO, § 18 HmbPolDVG) hat der Gesetzgeber nicht klar im Spannungsfeld präventiv vs. repressiv verortet.[19] Allein der Zweck der Verfolgung künftiger Straftaten vermag ihnen den Charakter strafprozessualer Ermittlungstätigkeit nicht zu verschaffen,[20] schon weil Straftaten ganz regelmäßig auch polizeirechtliche Schutzgüter tangieren.[21] Vielmehr hängt die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Vorgehen daran, ob die Maßnahme im Zuge eines konkreten Ermittlungsverfahrens gegen eine konkrete Tat oder aber außerhalb eines solchen erfolgt (BVerwG Rn. 3 ff.). Strafprozessuale Befugnisse der Staatsanwaltschaften sind zum Schutz der Bürger vor staatlicher Übergriffigkeit und Willkür auf Maßnahmen aufgrund eines Anfangsverdachts zu be-

[10] Baade, JuS 2020, 311, 313.

[11] Vgl. auch Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193, 200 mwN.

[12] Vgl. zum IMSI-Catcher Gercke, MMR 2003, 453, 455.

[13] Zutreffend Dürig/Herzog/Scholz/Remmert Art. 19 Abs. 1 Rn. 57 f.; Dreier/Kaufhold Art. 19 Abs. 1 Rn. 43 mwN.

[14] Dürig/Herzog/Scholz/Remmert Art. 19 Abs. 1 Rn. 47; Ridder/Breitbach/Deiseroth/Deiseroth/Kutschka Art. 8 Rn. 364.

[15] Anders als im Bereich der verdeckten Überwachungsmaßnahmen (vgl. dazu Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, S. 346 f.) gibt es vorliegend keine parallelen Ermächtigungsgrundlagen (s.o.).

[16] Vgl. FormB-VerwR/Pöltl/Ruder § 62 Rn. 7.

[17] Maßgeblich hinsichtlich des Polizeirechts, vgl. Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, S. 319 mwN.

[18] Graulich, NVwZ 2014, 685, 686; KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a.

[19] vgl. Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 418 f.

[20] Wegen der Unschärfe der Abgrenzung nach der Schwerpunkttheorie berechtigt kritisch Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, S. 359.

[21] Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, S. 257 ff.

[22] MüKo StPO/Peters § 152 Rn. 34.

schränken.[22] Ermittlungshandlungen ohne einen solchen sind der präventiven Gefahrenvorsorge zuzuordnen (BVerwG Rn. 18).[23] Die Zuständigkeit liegt dann nicht bei der Staatsanwaltschaft (BVerwG Rn. 18 f.).[24] Dagegen spricht auch nicht, dass diese, um entscheiden zu können, ob ein Anfangsverdacht tatsächlich vorliegt, bereits im Vorfeld der Bejahung eines solchen Verdachts Ermittlungen anstellen muss.[25] Diese "Vorerhebungen"[26] vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens basieren auf einem verdachts-begründenden Anlass und sind strikt von unzulässigen Vorfeldermittlungen zu unterscheiden, die ohne und ganz unabhängig von einem solchen Anlass allein mit dem Zweck erwarteten Straftaten vorzubeugen, durchgeführt werden.[27] Werden Staatsanwälte zur Dokumentation verdachtsunabhängig befürchteter Straftaten in Versammlungen entsandt, um sodann die Strafverfolgung einzuleiten, fehlt es im maßgeblichen Zeitpunkt der Entsendung an einem Anfangsverdacht. Dementsprechend handelt es sich um eine Form strafprozessual unzulässiger strategischer Überwachung[28] bestimmter Gruppen und Personen aufgrund eines unspezifischen Generalverdachts. Der Zulässigkeit solcher Maßnahmen steht das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit entgegen.

Nicht erforderliche Maßnahme

Demnach kann die Entsendung von Staatsanwälten in Versammlungen nicht auf bestehende Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden. Die Strafprozessordnung findet auf diese präventive Maßnahme keine Anwendung und hält im Übrigen keine geeignete Ermächtigungsgrundlage bereit. Der einzig in Betracht kommende § 161 Abs. 1 S. 1 StPO kann einen derart intensiven Grundrechtseingriff nicht tragen und bezweckt einen solchen Eingriff auch nicht, was sich in der Nichterfüllung des Zitiergebots gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG manifestiert. Diese Rechtslage schränkt auch die Effektivität der Strafverfolgung nicht ein. Nehmen die zuständigen Beamten der Polizeibehörden Straftaten während einer Versammlung wahr, haben sie gem. §§ 161 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 163 Abs. 2 S. 1 StPO die zur Strafverfolgung notwendigen Informationen den Staatsanwaltschaften zuzuleiten, auch wenn sie aus präventivpolizeilichen Maßnahmen stammen (BGH Rn. 53).[29] Das zeigt: Die Entsendung von Staatsanwälten in Versammlungen ist nicht erforderlich. Erachten Staatsanwaltschaften ein schnelles eigenes Eingreifen für notwendig, so können und müssen sie das "von der Seitenlinie aus" sicherstellen.

[23] Vgl. auch BVerwG, NJW 1990, 2768, 2769; VGH Mannheim NJW 1987, 3022, jeweils zur Datenerhebung und Aktenführung zu präventiv-polizeilichen Zwecken.

[24] Vgl. auch KK-StPO/Weingarten § 160 Rn. 11; Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 417.

[25] KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a.

[26] KK-StPO/Diemer § 152 Rn. 10.

[27] So die h.M, KK-StPO/Diemer § 152 Rn. 10 mwN; MüKo StPO/Peters § 152 Rn. 62 f.; Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 418.

[28] Lisken/Denninger/Bäcker B. Rn. 109.

[29] Vgl. KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a; KK-StPO/Weingarten § 163 Rn. 28; MüKo StPO/Kölbel § 163 Rn. 35; Welp, NStZ 1995, 602, 603.

Yannik Breuer, Jannik Klein

Zwischen Komplexität und Klarheit

Komplexes Wahlrecht scheitert nicht am Gebot der Normenklarheit

doi: 10.17176/20231205-141625-0

Am vergangenen Mittwoch verkündete der Zweite Senat des BVerfG sein Urteil zur „kleinen“ Wahlrechtsreform aus dem Jahre 2020. In der mündlichen Verhandlung im April wurde die Frage aufgeworfen, wie verständlich das Wahlrecht sein muss. Nun folgt die Antwort: Wenn es nach der Senatsmehrheit geht, braucht der Wähler wohl nur die Wahlhandlung, nicht aber die Ergebnisermittlung zu verstehen. Damit bleibt die „kleine Revolution“ im Wahlrecht zwar vorerst aus, doch das energisch widersprechende Sondervotum dürfte die wissenschaftliche Diskussion befeuern.

Uneinigkeit im Zweiten Senat

Gegenstand des Verfahrens war die Änderung des Bundeswahlgesetzes 2020. Mit dieser wurde insbesondere das Sitzzuteilungsverfahren für die Wahlen zum Deutschen Bundestag insofern neu geregelt, als bis zu drei Überhangmandate unausgeglichen bleiben und Direktmandate mit Listenmandaten in einem gewissen Umfang länderübergreifend verrechnet werden. Die Abgeordneten der damaligen Opposition aus Grünen, Linken und FDP stimmten gegen den von der Großen Koalition eingebrachten Gesetzentwurf und strengten daraufhin ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle beim BVerfG an. Der Zweite Senat des BVerfG lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 20. Juli 2021 ab (BVerfGE 159, 40), verhandelte am 18. April 2023 in der Hauptsache und verkündete schließlich am 29. November 2023 sein Urteil (Az. 2 BvF 1/21).

Die Entscheidung, mit der die „kleine“ Wahlrechtsreform für verfassungsmäßig erklärt wurde, erging mit fünf zu drei Stimmen (Urteil Rn. 239). Zur dissentierenden Minderheit gehörte nicht nur die Senatsvorsitzende und Vizepräsidentin Doris König, sondern auch der für das Wahlrecht zuständige Berichterstatter Peter Müller, der das 47 Randnummern umfassende Sondervotum mit viel Verve vortrug.

Bestimmtheit und Klarheit als dogmatisch „einheitliches Postulat“

Zunächst beginnt das BVerfG damit, das dogmatische Verhältnis zwischen der im Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG gründenden Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze zu ermitteln. Der Zweite Senat versteht das Gebot hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze als „einheitliches Postulat“, das zwar verschiedene Aspekte in sich vereine, im Maßstab aber einheitlich zu bestimmen sei (Urteil Ls. 1, Rn. 81). Damit weicht er von der Rechtsprechung des Ersten Senats ab, der ausdrücklich zwischen dem Gebot der Bestimmtheit und dem Gebot der Normenklarheit differenziert, indem ersteres den Rechtsanwender und letzteres den Normbetroffenen adressiert (BVerfGE 156, 11 [45 f. Rn. 86 ff.]; BVerfGE 162, 1 [125 Rn. 272]). Die Senatsmehrheit bestreitet jedoch die Übertragbarkeit dieser Unterscheidung, weil es im Wahlrecht nicht um heimliche Grundrechtseingriffe gehe, aufgrund derer der Erste Senat die Differenzierung vorgenommen habe. Nicht völlig ausgeschlossen war es, zur dogmatischen Klärung das Plenum gem. § 16 BVerfGG anzurufen. Dagegen spricht jedoch, dass selbst die Senatsminderheit das genaue Verhältnis dahinstehen lässt (Sondervotum Rn. 3), sodass die für eine Plenumsentscheidung erforderliche Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage bezweifelt werden dürfte.

Senatsmehrheit sieht kein besonderes Gebot der Normenklarheit im Wahlrecht

Herzstück des Sondervotums ist die Frage, ob das Wahlrecht ein besonderes Gebot der Normenklarheit fordert: Die Senatsminderheit leitet aus der Freiheit und der Öffentlichkeit der Wahl, dem Demokratieprinzip insgesamt sowie besonders dessen Ausprägung als Recht auf demokratische Selbstbestimmung ab, dass Regelungen des Wahlrechts höheren Anforderungen mit Blick auf die Klarheit der Norm genügen müssen. Erforderlich sei, dass der Bürger ohne weitere Hilfe oder Expertise Dritter –

die für die Normenklarheit abseits des Wahlrechts auch weiterhin ausreichen soll (Sondervotum Rn. 21) – durch bloße Lektüre der wahlrechtlichen Bestimmungen in der Lage sei zu erkennen, wie sich seine Stimme auf das Ergebnis der Wahl auswirke, um seine Wahlentscheidung dementsprechend zu treffen. Insofern komme es auf die Verständlichkeit der wesentlichen Regelungen für den durchschnittlichen Wahlberechtigten an. Um die Übertragung der staatlichen Gewalt auf konkrete Abgeordnete nachvollziehbar machen zu können, erfordere die Normenklarheit die daraus resultierenden Transparenzanforderungen für alle wesentlichen Schritte des Wahlvorgangs, insbesondere aber für diejenigen Normen, die für die Ausübung des Wahlrechts maßgebend seien (Sondervotum Rn. 6 ff.).

Die Senatsmehrheit hingegen hält besondere Anforderungen für den Bereich des Wahlrechts nicht für erforderlich. Die verfassungskonforme Systementscheidung des Gesetzgebers für das personalisierte Verhältniswahlrecht (dazu BVerfGE 6, 84 [90]; BVerfGE 95, 335 [249 f.]; BVerfGE 121, 266 [296]) bringe eine systemimmanente Komplexität mit sich, die durch weitere Implikationen noch erhöht werde. Das Gebot der Normenklarheit könne diese in Art. 38 Abs. 3 GG eingeräumte Entscheidungsfreiheit nicht einschränken. Der Gesetzgeber sei hieraus nicht dazu verpflichtet, möglichst einfaches Recht zu schaffen, das dementsprechend einfach darstellbar sei. Das Gebot normativer Bestimmtheit und Klarheit könne eine andere (einfachere) Formulierung erforderlich machen, nicht aber eine inhaltlich andere Regelung einfordern (Urteil Rn. 153 f.). Den von der Senatsmehrheit als Maßstab herangezogenen allgemeinen Anforderungen sollen nur Regelungen entgegenstehen, die den eigentlichen Regelungsgehalt verschleiern. Dabei komme es in erster Linie auf den Kreis der Normadressaten an, den die Senatsmehrheit eng zieht und lediglich die rechtsanwendenden Wahlorgane für maßgebend hält. Für das Wahlrecht sei es (nur) erforderlich, dass für den durchschnittlichen Wähler die Umrechnung der Stimmen in konkrete Mandate „in groben Zügen“ erkennbar und verständlich sei. Dafür komme es auch darauf an, dass die Darstellungen und begleitenden Informationen der Wahlorgane zur Verständlichkeit der groben Züge des Wahlverfahrens beitragen (Urteil Rn. 151, 154, 156 f.). Insofern führt die Mehrheitsentscheidung ausdrücklich das Informationsangebot des Bundeswahlleiters an (Urteil Rn. 157).

Die dissentierenden Richter halten dem entgegen, dass das Gebot der Normenklarheit allein den Gesetzgeber unmittelbar verpflichte. Vor diesem Hintergrund könne es der Gesetzgeber nicht dem einzelnen Wähler überantworten, sich selbst zu informieren, um damit den wahlrechtlichen Bestimmungen zur verfassungsrechtlich erforderlichen, hinreichenden Klarheit zu verhelfen (Sondervotum Rn. 17). Das Minderheitenvotum formuliert schließlich auch dogmatische Bedenken mit Blick auf die Mehrheitsentscheidung. Denn die Ausführungen der Entscheidung dahingehend, dass „[d]as Gebot hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze […] nicht dazu [führt], dass der Gesetzgeber in seinem Spielraum gemäß Art. 38 Abs. 3 GG zur Auswahl des Wahlsystems […] eingeschränkt wäre“ (Urteil Rn. 153), lassen es jedenfalls denkbar erscheinen, dass die Senatsmehrheit das normenhierarchisch gleichrangige Verhältnis der widerstreitenden Verfassungsnormen verkenne (Sondervotum Rn. 19 f.).

Urteil und Sondervotum unterscheiden sich im Abwägungsergebnis

Die Mehrheitsentscheidung lässt – zwar nicht ausdrücklich, aber dennoch erkennbar – den Versuch eines Ausgleichs konfligierender Verfassungswerte durchaus erkennen. Indem die Senatsmehrheit annimmt, dass die Normenklarheit lediglich Anforderungen an die Formulierung des Gesetzes, nicht aber an dessen materiellen Regelungsgehalt stellen könne, wägt sie die Normenklarheit mit der gesetzgeberischen Wahlfreiheit aus Art. 38 Abs. 3 GG ab. Denn der Regelungsauftrag aus Art. 38 Abs. 3 GG ist weit zu verstehen und umfasst notwendigerweise auch die Entscheidung über die konkrete Ausformulierung des Gesetzeswortlauts und die systematische Gestaltung. Indem die Senatsmehrheit also – nur, aber immerhin – mit Blick auf die Formulierung der Norm der Normenklarheit den Vorrang vor der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit einräumt, wägt sie beide Verfassungsgüter miteinander ab. Insofern sieht sie in Art. 38 Abs. 3 GG gerade kein überkonstitutionelles und damit abwägungsfestes Verfassungsrecht und begeht damit keinen – wie das Sondervotum zumindest nahelegt – dogmatischen Grundlagenfehler.

Der Unterschied zwischen der Senatsmehrheit und der Senatsminderheit liegt allein darin, dass ihre Abwägungsentscheidung im Ergebnis unterschiedlich ausfällt:

Für die Senatsmehrheit setzt sich die Normenklarheit nur abseits der inhaltlichen Regelungsfragen durch. Dagegen muss nach der Senatsminderheit das Gestaltungsrecht des Gesetzgebers – nicht nur in der Form, sondern auch im Inhalt – dann hinter den Verfassungswerten zurücktreten, die besondere Anforderungen an die Normenklarheit im Wahlrecht verlangen, wenn ein Wahlsystem derart komplex sei, dass es durch bloße Lektüre der Normen für den Durchschnittswähler nicht nachvollziehbar sei.

Auswege aus dem Konflikt: Präambel oder Informationsangebote?

Sowohl die Senatsmehrheit als auch die Senatsminderheit versuchen, zwischen der Komplexität und der Klarheit des Wahlrechts abzuwägen, ohne jedoch wirklich einen echten Ausgleich zu finden, weil entweder dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers oder der Normenklarheit der Vorrang gewährt wird. Es gäbe jedoch einen Mittelweg: Das BVerfG hätte durchaus die besondere Bedeutung der Normenklarheit für das Wahlrecht herausstellen können, ohne den Gesetzgebungsspielraum zu stark einzuschränken. Sofern die Normen des Sitzzuteilungsverfahrens für die normanwendenden Wahlorgane bestimmbar, für den normbetroffenen Wähler aber zu unverständlich sind, könnte der Gesetzgeber zu einer erklärenden Präambel verpflichtet sein. Entsprechend den in letzter Zeit vielfach angenommen Begründungsanforderungen, die das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben hat,[1] könnte hier eine Darlegungslast des Gesetzgebers dergestalt bestehen, dass er komplexe Wahlrechtsnormen, die sich vorwiegend an die normanwendenden Wahlorgane richten, für den normbetroffenen Wähler in einer Präambel bzw. einem „Allgemeinen Teil" verständlicher, jedenfalls in den Grundzügen erklärt. In einem „Besonderen Teil" könnten dann für die normanwendenden Wahlorgane die detaillierten Sitzberechnungsverfahren geregelt werden.

Der Senatsminderheit ist zuzustimmen, dass es die Mehrheitsentscheidung dem Gesetzgeber erlaubt, die ihn treffenden Anforderungen an die Normenklarheit auf den Wähler abzuwälzen und ihm die Heranziehung von Informationen insbesondere des Wahlleiters zuzumuten. Der Wahlleiter muss dieser Aufgabe nachkommen, agiert derzeit aber in einem praktisch rechtsgrundlagenfreien Raum. Will man der Bedeutung von Informationsangeboten Dritter nicht grundsätzlich die Relevanz mit Blick auf die Klarheit einer Norm versagen, ist es möglich, beide Belange miteinander zu verknüpfen: Indem der Gesetzgeber selbst Rechtsgrundlagen für Informationsangebote schafft, erfüllt er den (nur) an ihn gerichteten gesetzgeberischen Auftrag zur Klarheit.

Wahlrechtliche Normen der „kleinen" Wahlrechtsreform sind auslegbar

Uneins ist der Zweite Senat auch in der Frage, ob die streitgegenständlichen Normen des Wahlrechts noch durch juristische Methoden auslegbar sind. Diesbezüglich halten sowohl die Senatsmehrheit als auch die Senatsminderheit an dieser Grenze für die notwendige Bestimmtheit einer Norm fest (zur bisherigen Rechtsprechung siehe BVerfGE 83, 130 [145]; BVerfGE 117, 71 [111]; BVerfGE 134, 141 [184 f. Rn. 127]; BVerfGE 149, 293 [324 Rn. 78]). Während die Senatsminderheit insbesondere aufgrund von Schwierigkeiten bei der Auslegung von Normverweisen die hinreichende Bestimmtheit verneint, sieht die Senatsmehrheit „bei methodengerechter Auslegung" (Urteil Rn. 88, 97, 120) keine zu weiten Auslegungsspielräume. Beide Seiten setzen sich zur Begründung ihrer jeweiligen – die Bestimmtheit der Norm stützenden bzw. entgegenstehenden – Auffassung durch ausführliche Auslegung der relevanten Normen auseinander.

Überhangmandate dürfen bewusst in Kauf genommen werden

Unbestritten ist hingegen, dass die bis zu drei nicht ausgeglichenen Überhangmandate sowohl in die Erfolgswertgleichheit der Wahl als auch in die Chancengleichheit der Parteien eingreifen. Fraglich war allein, inwieweit der Eingriff durch die mit der Wahl verfolgten Ziele gerechtfertigt werden kann. Insofern hat der Zweite Senat seine bisherige Rechtsprechung (etwa BVerfGE 131, 316 [365 ff.]) bestätigt, dass die Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl grundsätzlich hinreichend gewichtig ist (Urteil Rn. 175 f.), das Ausmaß der ausgleichlosen Überhangmandate aber auf etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl beschränkt blei-

[1] Siehe etwa BVerfG, Urteil vom 24.1.2023, Az. 2 BvF 2/18, NJW 2023, 672 (678 f. Rn. 129 ff.) mwN zu Begründungserfordernissen aaO in Rn. 129, sowie im viel beachteten BVerfG, Urteil vom 15.11.2023, Az. 2 BvF 1/22, Rn. 149 ff. Einen diesbezüglichen Überblick liefert Kluth, NVwZ 2023, 648 ff.

ben muss (Urteil Rn. 177). Problematisch war in diesem Fall allein die Erforderlichkeit, weil als milderes Mittel der Ausgleich aller Überhangmandate in Betracht gekommen wäre. Der Vollausgleich ist dem Senat zufolge aber gegenüber der begrenzten Zulassung von ausgleichslosen Überhangmandaten kein ebenso wirksames Mittel, weil damit das Element der Personenwahl relativ geschwächt würde (Urteil Rn. 187). Auch ist ohne Belang, ob die Überhangmandate eine bewusst herbeigeführte Konsequenz oder nur eine ungewollte Nebenfolge der gesetzgeberischen Systementscheidung sind (Urteil Ls. 3, Rn. 189). Anschließend legt der Zweite Senat ausführlich dar, dass mit dem Sitzzuteilungsverfahren ein verfassungsrechtlich relevanter Effekt des negativen Stimmgewichts nicht verbunden ist (Urteil Rn. 203–226).

Anforderungen an die Stabilität des Wahlrechts sind gewahrt

Zum zeitlichen Aspekt des Wahlrechts verwies der Zweite Senat in der mündlichen Verhandlung lediglich auf das völkerrechtliche Soft Law der Venedig-Kommission, das zu einem ungeschriebenen Grundsatz der Verfassung führen könne. In seinem Urteil ergänzte er den Maßstab – neben den Ausführungen zur Venedig-Kommission (Urteil Rn. 227–230) – um die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 ZP I EMRK. Danach könne der Staat „die Achtung der Öffentlichkeit vor den Garantien, die die Freiheit der Wahl gewährleisten, oder ihr Vertrauen in deren Existenz untergraben", wenn er „die grundlegenden Wahlvorschriften zu häufig oder ‚am Vorabend' einer Wahl ändere" (Urteil Rn. 231). Auch wenn die Wahlrechtsreform nur gut zehn Monate vor der Bundestagswahl 2021 in Kraft trat, erfolgte sie aufgrund der vorangegangenen, intensiven Debatte weder überraschend noch „am Vorabend" der Wahl. Die Änderungen betrafen überdies nicht die Vorbereitung der Wahl, sondern im Wesentlichen nur das Sitzzuteilungsverfahren. Insofern hat das BVerfG auch die unmittelbare verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Grundsatzes der Stabilität des Wahlrechts dahinstehen lassen (Urteil Rn. 238).

Variabler „Kipppunkt" zwischen Komplexität und Klarheit

Das Verfahren hätte die Möglichkeit geboten, den in der mündlichen Verhandlung immer wieder thematisierten „Kipppunkt" zwischen der notwendigen Komplexität wahlrechtlicher Normen und deren Verständlichkeit auszutarieren. Komplexe, für den Durchschnittswähler unverständliche Regelungen könnte der Gesetzgeber kompensieren, indem er eine erklärende Präambel ergänzt oder begleitende Informationsangebote sicherstellt. Der Zweite Senat hätte – in einer bloßen Unvereinbarerklärung der „kleinen" Wahlrechtsreform – dem Gesetzgeber dieses Portfolio an Kompensationsmöglichkeiten an die Hand geben können. Der angesprochene Kipppunkt ist damit richtigerweise nicht statisch, sondern variabel zu verstehen.

Ausblick auf die „große" Wahlrechtsreform

Vorfestlegungen mit Blick auf das anstehende Normenkontrollverfahren[2] zur „großen" Wahlrechtsreform des Jahres 2023[3] hat das BVerfG bewusst vermieden – wohl auch mit Blick auf den anstehenden Generationenwechsel: Die Amtszeit des Berichterstatters Peter Müller endete schon Ende September; die Amtsgeschäfte führt er jedoch gem. § 4 Abs. 4 BVerfGG fort, bis sein vom Bundesrat bereits gewählter Nachfolger Peter Frank vom Bundespräsidenten ernannt wird. Mit der bald ebenfalls vom Bundesrat zu wählenden Nachfolge von Sibylle Kessal-Wulf erfolgt dann ein Generationenwechsel im Zweiten Senat. Im Zuge dessen wird auch die Zuständigkeit für das Wahlrecht neu verteilt. Rückschlüsse sind daher nur vorsichtig und insofern zu ziehen, als die jüngste Reform nicht an der Bestimmtheit oder Klarheit des Gesetzestextes scheitern dürfte. Zudem wird die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers mit Blick auf ein bestimmtes Wahlsystem und damit verbundene – nicht notwendigerweise zwingende – weitere Implikationen deutlich gestärkt.

[2] Mehrere Anträge sind angekündigt (u.a. CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Bayerische Staatsregierung, CSU, Mehr Demokratie e.V.); jedenfalls die Anträge der Linkpartei (Az. 2 BvE 9/23) und der Linksfraktion (Az. 2 BvE 10/23) sind bereits eingegangen und auf der Homepage des BVerfG bekannt gegeben.

[3] Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8.6.2023 (BGBl. I Nr. 147).

Matthias Rossi

Abgehakt

Das Wahlrechts-Reförmchen von 2020 passiert das Bundesverfassungsgericht

doi: 10.17176/20231216-111309-0

Das Bundesverfassungsgericht hat das im Herbst 2020 von der Großen Koalition modifizierte Wahlrecht durchgewunken (Az. 2 BvF 1/21). Die jüngste Wahlrechts-Entscheidung fällt inhaltlich genauso enttäuschend aus wie die Gesetzesänderung, über die das Gericht zu befinden hatte. Das war aus mehreren Gründen erwartbar. Dennoch lässt die Begründung viele Fragen offen.

Erstens ist der Grundsatz der Normenklarheit, auf den die damaligen Oppositionsfraktionen (BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE, FDP) ihren Kontrollantrag maßgeblich gestützt haben, im Unterschied zu den verfassungsrechtlich normierten Wahlrechtsgrundsätzen sehr vage. Je weicher aber der Maßstab, desto stärker die Notwendigkeit einer Abwägung mit den weitreichenden Konsequenzen einer Verfassungswidrigkeit der Sitzzuteilung im Bundestag. In diese Abwägung mag zweitens eingeflossen sein, dass das Wahlrecht zwischenzeitlich von der Ampel-Koalition (SPD, BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, FDP) bereits wieder geändert wurde, so dass es bei der nächsten Bundestagswahl gar nicht mehr zur Anwendung kommen wird. Zur Anwendung kommen sollte es aber drittens für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht am 19.12.2023 für die noch laufende Legislaturperiode eine partielle Nachwahl in Berlin anordnet. Denn eine Nachwahl hat nach denselben Vorschriften und auf denselben Grundlagen stattzufinden wie die Hauptwahl.

Ob sich die Mehrheit des Senats von diesen praktischen Auswirkungen hat leiten lassen oder ihrer ungeachtet streng dogmatisch entschieden hat, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Sie wirkt nüchtern, technisch, leidenschaftslos, müde. Ein Gerichtsurteil halt, mögen manche meinen, keine Verfassungsprosa oder gar -lyrik, andere aufatmen. Aber zugleich spürt man doch, welche Mühen der Berichterstatter Müller gehabt haben muss, die Begründung der tragenden Senatsmehrheit gegen seine eigene Überzeugung zu formulieren. Denn wenn es im Wahlrecht auch fast schon die Regel ist, dass Verfassungsgerichtsentscheidungen nicht einstimmig ergehen, ist es doch eine Besonderheit dieses Urteils, dass sich der Berichterstatter mit seiner Auffassung offensichtlich nicht durchsetzen konnte und mit zwei weiteren Richtern stattdessen eine gemeinsame abweichende Meinung formuliert hat. Beide Ausführungen, die der Mehrheit wie die der Minderheit im Senat, lassen indes manche Aspekte und Argumente liegen, die sich für die Beurteilung der Mini- und Interims-Reform des Wahlrechts von 2020 doch geradezu aufdrängen.

Gerichtsinterner Streit über den Maßstab

Zunächst befasst sich das Gericht etwas näher mit dem Maßstab der Normenklarheit. Die folgende Klarstellung war dem Zweiten Senat so wichtig, dass er sie sogar zum Leitsatz der Entscheidung erhoben hat: „Bei dem Gebot hinreichender Bestimmtheit und Klarheit der Gesetze handelt es sich um ein einheitliches Postulat“ mit einem „einheitlichen Maßstab“. Mit diesem Befund distanziert er sich vom Ersten Senat, der in einer Reihe von jüngeren Entscheidungen zwischen der Bestimmtheit und der Normenklarheit unterschieden hat. Während die Bestimmtheit in erster Linie auf die gesetzesgebundene Exekutive und Judikative bezogen sei, stünde bei der Normenklarheit vor allem die inhaltliche Verständlichkeit für die Bürger im Vordergrund stünde, meint der Erste Senat. Wegen ihres unterschiedlichen Adressatenkreises könne eine Norm zwar hinreichend bestimmt, unter Umständen aber nicht ausreichend normenklar sein.

Überzeugt hat diese ebenso weite wie differenzierte Auslegung des Rechtsstaatsprinzips, das seinerseits nicht unmittelbar im Grundgesetz normiert ist, ehrlicherweise nie. Insofern spricht einiges für das einheitliche Verständnis des Zweiten Senats. Aber die gerichtsinterne Auseinandersetzung über das Verhältnis beider Maßstäbe ist mit der jetzigen Entscheidung wohl erst eröffnet, nicht beendet. Der Erste Senat wird schon bald, etwa im Urteil über das novellierte BKAG, Gelegenheit haben, sich zu beiden Grundsätzen und ihrem Verhältnis zueinander zu befassen.

Gesetzgeber muss seine eigenen Gesetze verstehen (können)

Erstaunlicherweise lassen aber beide Senate in ihren theoretischen Überlegungen zur Bestimmtheit und Normenklarheit einen Adressaten vollständig außen vor: den Gesetzgeber. Gesetze, so ließe sich doch sowohl aus demokratischer wie rechtsstaatlicher Perspektive argumentieren, müssen doch auch deshalb klar und bestimmt sein, damit sichergestellt ist, dass die Abgeordneten verstehen, was sie beschließen. Ein Mindestmaß an Bestimmtheit (und, wenn man denn überhaupt begrifflich differenzieren will, an Normenklarheit) schützt insofern auch den Gesetzgeber davor, Rechtsfolgen zu bewirken, die er nicht anordnen will.

Wenn die Senatsmehrheit meint, dass die Notwendigkeit der Einschaltung von Dritten für das Verständnis von Gesetzen nicht schädlich sei, ist dies bei genereller Betrachtung natürlich zutreffend. So gut wie kein Gesetz ist aus sich selbst heraus verständlich, sondern bedarf der „Übersetzung" durch Juristen. Wenn diese „Übersetzung" aber schon bei für den entscheidenden Beschluss im Bundestag notwendig ist, wenn also der Gesetzentwurf zunächst für die Abgeordneten „übersetzt" werden muss und das von ihnen verabschiedete Gesetz anschließend der „Rückübersetzung" bedarf, dann kann sich die legitimierende Kraft des Bundestagsbeschlusses nicht entfalten. Es dürfte jedenfalls von starker Indizwirkung sein, wenn die große Mehrheit der Abgeordneten das Gesetz, das sie verabschieden, nicht verstehen – und vor allem noch nicht einmal verstehen können.

Legitimationsfunktion außer Acht gelassen

Überhaupt vernachlässigen sowohl die Mehrheits- als auch die Minderheitsmeinung im Senat die dem Wahlrecht zukommende Legitimationsfunktion. Vielleicht wird sie mitgedacht, wenn das Urteil von der Integrationsfunktion der Wahl spricht. Doch es hätte nahe gelegen, aus der besonderen legitimationsvermittelnden Bedeutung der Wahl in einer rein repräsentativen Demokratie, die auf Bundesebene keine Formen der direktdemokratischen Mitwirkung kennt, in der also die Übertragung vom Inhaber der Staatsgewalt auf die Organe ihrer Ausübung allein dem Wahlakt vorbehalten ist, auch ein besonderes Bestimmtheitsmaß abzuleiten. Nicht überzeugend ist es jedenfalls, aus dem Vergleich mit den Anforderungen an klassische oder gar noch heimliche Eingriffe auf einen nur abgeschwächten Bestimmtheitsmaßstab für das Wahlrecht zu schließen. Vielmehr hätte das Gericht darüber nachdenken können, die Bestimmtheitsanforderungen unabhängig davon zu definieren, ob die Bürger im *Status negativus* oder *im Status activus* betroffen sind.

Maßstab der Normenklarheit nicht scharfgestellt

Ohne die Berücksichtigung der Legitimationsfunktion bleibt es beim Alten: Das Bundesverfassungsgericht – genauer: dessen zweiter Senat, noch genauer: die entscheidungstragende Mehrheit dieses Senats – betont die Bestimmtheit und Normenklarheit zwar als relevanten Maßstab für das Wahlrecht, stellt diesen aber nicht scharf. Wie auch schon in früheren Entscheidungen soll dem Maßstab vielmehr schon dann Genüge getan sein, wenn sich der Inhalt des Gesetzes durch „methodengerechte Auslegung" ermitteln lasse.

Dass eine „methodengerechte Auslegung" des Wahlrechts einen hinreichend bestimmten und normenklaren Inhalt ermöglicht, führt die anschließende Begründung der Senatsmehrheit vor Augen. Mit systematischen und teleologischen Buschmessern bahnt sie sich einen Weg durch den Normendschungel, der am Ende als alternativlos – und also als bestimmt – erscheint. Er ist ja auch bereits ausgetreten, denn die Wahlen haben schon stattgefunden. Der alte Bundeswahlleiter und die neue Bundeswahlleiterin warten am Ziel und bestätigen in der mündlichen Verhandlung sich selbst und dem Gericht, den richtigen Weg gegangen zu sein. Es entbehrt zudem nicht der Ironie, dass das Gericht an entscheidenden Stellen ausgerechnet demjenigen Autor eines Kommentars zum Wahlrecht vertraut und folgt, der im Bundesinnenministerium für die Formulierung des Gesetzentwurfs verantwortlich war. Hat er es auch nicht vermocht, dem Gesetz selbst Klarheit einzutrichtern, gibt er mit der Kommentierung doch jedenfalls Hinweise für dessen Interpretation. Möge die Schnitzeljagd beginnen!

Kontrollierbarkeit als maßgebliches Ziel von Bestimmtheit

Die Mehrheit des Senats räumt dem Bundeswahlleiter (bei allem grundsätzlichen Vertrauen in die Institution) aber zu viel Entscheidungsspielraum ein, wenn sie meint, zwischen den Bestimmtheitsanforderungen an die Vorschriften über die eigentliche Wahlhandlung und denje-

nigen über die Sitzverteilung differenzieren zu können. Sie argumentiert vereinfacht formuliert, dass der Wähler nur verstehen müsse, wie er seine Stimmen abgeben müsse, während er nicht zu verstehen brauche, wie aus allen abgegebenen Stimmen die Sitze im Bundestag verteilt würden. Dies ist eine ausgesprochen naive Betrachtungsweise. Entscheidend ist doch gerade auch, wie sich die Stimmabgabe auf die Sitzverteilung auswirkt, und selbst wenn mit Blick auf die große Unbekannte, das Wahlverhalten aller anderen, ohnehin nicht prognostiziert werden kann, ob die eigene Stimme einen Unterschied in der Sitzverteilung ausmacht, dann muss doch jedenfalls verstanden werden, was in der „black box" passiert. Gerade der Umstand, dass ein und dieselbe Stimmenverteilung in Abhängigkeit vom Sitzverteilungsverfahren zu unterschiedlichen parteipolitischen Mehrheitsverhältnissen im Bundestag führen kann, verlangt doch nach klaren und eindeutigen Vorgaben. Die Gebote der Bestimmtheit und Normenklarheit dienen insofern auch der Kontrollierbarkeit der Vollzugsbehörden, und diesen Aspekt vernachlässigt die Mehrheit des Senats, begnügt sich vielmehr mit dem Hinweis auf den Öffentlichkeitsgrundsatz. Dass die Öffentlichkeit ihrer Kontrollaufgabe aber nur gerecht werden kann, wenn die Sitzverteilung klar geregelt ist, wird nicht thematisiert.

Auch die Minderheit im Senat springt an dieser Stelle aber zu kurz, wenn sie zur Feststellung der Normenklarheit auf die Perspektive „der juristisch nicht vorgebildeten Wählerinnen und Wähler" abstellt. Natürlich ist man als Jurist geschmeichelt, weil offensichtlich unterstellt wird, dass „juristisch vorgebildete Wählerinnen und Wähler" das gesetzlich normierte Verfahren der Sitzzuteilung verstehen. Das dürfte indes mitnichten der Fall sein. Der maßgebliche Grund für das Unverständnis liegt ja nicht in der verbalen Umschreibung mathematischer Rechenschritte, sondern in den vielzähligen Binnenverweisungen. Eine solche Verweistechnik ist in Verfahren vor dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts schon oft zum verfassungsrechtlichen Fallstrick geworden. Die Novelle des Wahlrechts hätte gut darüber stolpern können (und vielleicht sollen). Denn der Gesetzgeber hat – womöglich in dem Willen, möglichst nah am ursprünglichen Gesetz zu bleiben – handwerklich schlicht schlecht gearbeitet. Hier ist zusammengepuzzelt und mit Tape verklebt worden, was auseinander gebaut und neu verschraubt, ja neu konzipiert gehört hätte.

Verfahren der Wahlrechtsnovelle nicht bewertet

Der Grund liegt wahrscheinlich auch in der Eile, mit dem das Gesetz während und kurz nach der Sommerpause verabschiedet wurde. Bedauerlicherweise verliert das Gericht kein Wort zum Verfahren, obwohl das Gesetz erkennbar mit heißer Nadel gestrickt worden ist. Nach der Einigung im Koalitionsausschuss, dem maßgeblichen Ideengeber, hatte das Bundesinnenministerium gerade einmal zwei Wochen Zeit, um aus der politischen Idee einen rechtsverbindlichen Gesetzentwurf zu zaubern. Immerhin fand im Innenausschuss noch eine Sachverständigenanhörung statt. Doch für eine inhaltliche Auseinandersetzung geschweige denn für Änderungen am Gesetzentwurf war es zu spät. Einmal mehr zeigt sich insofern, dass alle am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure die ihnen zugedachte Aufgabe ernst nehmen sollten, um die vielbeschworenen „guten Gesetze" zu verabschieden. Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und ihre Konkretisierungen in den Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane geben an sich eine solide Struktur vor, es fehlt mitunter allein an der Gesetzgebungskultur.

Das Gericht als Reparaturwerkstatt des Gesetzgebers

Im Übrigen sollte das Gesetzgebungsverfahren nicht erst durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abgeschlossen werden. Das gilt namentlich für das Wahlrecht. Das Grundgesetz hat seine Ausgestaltung dem einfachen Gesetzgeber überantwortet. Seine letzte Weihen aber erhält das Wahlrecht in der politischen Praxis erst durch das Bundesverfassungsgericht (dazu auch Michael Koß im Online-Symposium „Parlamentsentscheidungen in eigener Sache"). Selbst wenn das Wahlrecht – undenkbar fast schon – im Konsens aller politischen Parteien erlassen würde, würde es doch mit einer Verfassungsbeschwerde oder in Wahlprüfungsverfahren stets dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt werden. Das Gericht ist so zwar nicht förmlich, aber doch faktisch in das Gesetzgebungsverfahren eingebunden. Aus verfassungstheoretischer Perspektive könnte man meinen, dass auf diese Weise – obwohl institutionell nicht vorgesehen – dem materiellen Verfassungscharakter des Wahlrechts Rechnung getragen wird, der eine andere, eine höhere Legitimation verlangt als einfache Gesetze. Doch dem theoretischen Bedürfnis, das Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht die Legitimation einer verfassungsgebenden Gewalt angedeihen zu lassen, kämen andere For-

men in Betracht, allen voran eine Volksabstimmung. Sie würde mit ihrer demokratischen Verwurzelung dem verfassungsgebenden Prozess besser gerecht als die in erster Linie rechtsstaatlich begründete Absicherung durch das Verfassungsgericht. Auch dieses jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts gibt insofern Anlass, über eine Modifizierung des Verfahrens der Wahlrechtsgesetzgebung nachzudenken.

Dieses Mal im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur als feststellende Kontrollinstanz fungiert, sondern die Rolle einer Reparaturwerkstatt übernommen. Seine eigene Interpretation beseitigt die Auslegungsschwierigkeiten, repariert den Fehler, zu dessen Feststellung es angerufen wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetz zur Verfassungskonformität verholfen: Mag es vor dem Verfahren auch unbestimmt und/oder normenunklar gewesen sein, steht nunmehr fest, wie es auszulegen und anzuwenden ist. Hinter die Feststellungen des Gerichts kann der Bundeswahlleiter nicht zurück. Er wird es allerdings auch maximal noch einmal anwenden müssen: Wenn es in Berlin zur Nachwahl kommt. Auf die Verkündung der Entscheidung am 19.12.2023 darf man gespannt sein.

Werner Krause, Christina Gahn

Die Macht der Sonntagsfrage

Sollten wir über ihre Regulierung nachdenken?

doi: 10.17176/20231222-111226-0

Für das Jahr 2024 sind entscheidende Wahlen geplant – unter ihnen die US-Präsidentschaftswahl und die Wahlen zum Europäischen Parlament. In Deutschland werden in Brandenburg, Sachsen und Thüringen die Landtage gewählt. Wahlumfragen, insbesondere die Sonntagsfrage, sind zu einem integralen Bestandteil von Wahlkämpfen geworden; gleichzeitig steht auch deren Zuverlässigkeit im Zentrum medialer Aufmerksamkeit. Eine Debatte über die Kommunikation und Darstellung von Meinungsumfragen ist in Deutschland dringend notwendig. Eine bindende Selbstverpflichtung der Umfrageinstitute und Medienhäuser wäre eine vielversprechende Lösung.

Die Komplexität der Sonntagsfrage und ihre Auswirkungen

Es kommt häufig vor, dass Umfragen zu den Wahlabsichten der Bevölkerung von tatsächlichen Wahlergebnissen abweichen, wie dies prominent nach den US-Wahlen 2016 und 2020, dem Brexit-Referendum 2016 oder der Sachsen-Anhalt-Wahl 2021 der Fall war. Diese Diskrepanzen führen oft zu Diskussionen über die Zuverlässigkeit und die potenziell ‚schädliche' Macht der Sonntagsfrage. Im Zusammenhang mit dem anhaltenden demoskopischen Höhenflug der AfD wurde sogar die Frage aufgeworfen, ob die Umfragen selbst für diesen Anstieg mitverantwortlich sein könnten. Nicht zuletzt hat sich das Landgericht Hamburg mit den Erhebungsmethoden von Meinungsforschungsinstituten beschäftigt, um ein Urteil über deren Repräsentativität zu fällen.

Hintergrund dieser Debatten ist, dass Wahlumfragen nicht nur die Präferenzen der Bevölkerung abbilden, sondern letztere auch beeinflussen können. Die Sonntagsfrage kann somit nicht nur ein hilfreiches Mittel sein, um informierte Wahlentscheidungen zu treffen. Vielmehr besteht die Gefahr, dass diese Wahlentscheidungen auf ungenauen oder gar fehlerhafteten Sonntagsfragewerten beruhen. Zugleich werden Wahlen oft nur knapp entschieden. Seit 2000 wurde in den Mitgliedsländern der Europäischen Union bei mehr als jeder vierten Parlamentswahl ein Sieg mit einem Vorsprung von weniger als 2,5 Prozentpunkten errungen.

Ob und wie die Sonntagsfrage Wahlergebnisse beeinflusst, ist Gegenstand intensiver Debatten und die Liste potenzieller Effekte ist lang. Hierzu gehören *Bandwagon*, *Momentum, Titanic* oder auch *Underdog*-Effekte. Außerdem gewinnen strategische Wahlentscheidungen angesichts einer sich diversifizierenden Parteienlandschaft und einer zunehmenden Anzahl an Parteien an Bedeutung.

Die Bedeutung dieser Effekte variiert je nach Kontext und Dynamik der jeweiligen Wahlkämpfe. Trotzdem haben sie eines gemeinsam: Sie sind von der Qualität und Aussagekraft der Sonntagsfrage abhängig. Eben diese wird allerdings von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst, deren Auswirkungen für Wähler:innen nur schwer abzuschätzen sind. Wie werden die Teilnehmer:innen der Umfragen ausgewählt? Wie repräsentativ sind sie für die Wahlbevölkerung? Wie viele Bürger:innen entscheiden erst am Wahltag, welcher Partei sie ihre Stimme geben? Welche Methoden werden durch Umfrageinstitute angewandt, um mögliche Verzerrungen in den Erhebungen zu korrigieren?

Sonntagsfragen sind mit Vorsicht zu genießen

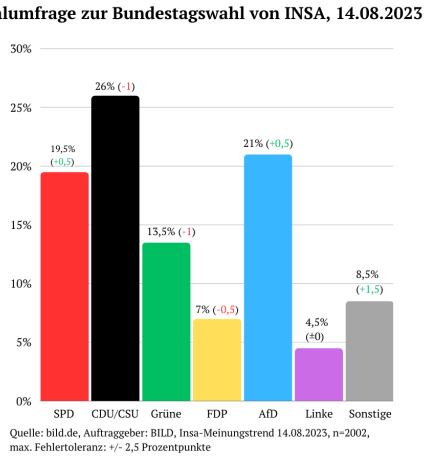
Die durch Institute und Medien veröffentlichten Umfragewerte suggerieren in der Regel mehr Präzision, als es angesichts dieser Fragen angebracht wäre. Eine Möglichkeit, Wähler:innen auf Teile der Unsicherheiten von Umfragewerten aufmerksam zu machen, ist die Darstellung von Schwankungsbreiten. Einfach gesprochen: Diese zeigen den Bereich an, in dem sich ein Umfragewert mit hoher Wahrscheinlichkeit bewegt. Schwankungsbreiten lie-

[1] Die Schwankungsbreite bildet nicht die Gesamtheit der Unsicherheiten einer Umfrage ab. Mögliche Stichproben- oder Gewichtungsfehler werden nicht dargestellt. Schwankungsbreiten fassen in der Regel also lediglich die Genauigkeit von Umfragewerten anhand der Anzahl der befragten Personen ins Auge. Einer jeden Umfrage ist solch eine Unsicherheit inhärent, da stets nur ein

fern zwar kein vollständiges Bild über die Zuverlässigkeit einer Umfrage[1], sie unterstreichen allerdings den Fakt, dass Sonntagsfragewerte mit Vorsicht zu betrachten sind.

Schwankungsbreiten finden in der deutschen Berichterstattung nur geringe Beachtung. Oftmals werden diese separat von den Umfrageergebnissen, zum Beispiel in Infoboxen, ausgewiesen. Im Vorfeld der Bundestagswahl 2021 haben deutsche Medien Schwankungsbreiten gemäß unserer Daten in 23% ihrer Beiträge erwähnt, explizit dargestellt und besprochen wurden diese aber nahezu nie.

Das untenstehende Beispiel verdeutlicht das Problem. Unter dem Titel „AfD kommt der Union immer näher" veröffentlichte die Bild am 14. August diesen Jahres Zahlen des Meinungsforschungsinstituts *INSA*. Hier wird der Rechtsaußenpartei ein Zustimmungszuwachs von 0,5 Prozentpunkten bescheinigt. Ein Urteil, das auf Basis der Schwankungsbreiten der Umfragewerte, unzulässig ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Differenzen in den Stimmenanteilen der Parteien nicht schlichtweg auf statistische Fehler zurückzuführen sind.[2]



Quelle: https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/neue-umfrage-afd-kommt-der-union-immer-naeher-85045886.bild.html

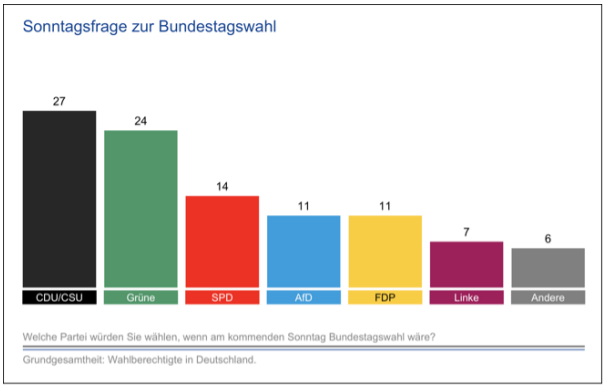
Können Schwankungsbreiten Wahlentscheidungen beeinflussen?

In der Regel neigen Medienmacher:innen dazu, sich auch auf geringfügige Veränderungen in Umfragewerten zu stützen, um Dynamiken in der öffentlichen Meinung zu beschreiben. Solche Darstellungen werden jedoch problematisch, wenn Bürger:innen ihr Wahlverhalten nach diesen ausrichten, ohne die den Umfragen inhärenten Unsicherheiten angemessen zu berücksichtigen. In einer kürzlich erschienenen Studie zeigen wir, dass genau dies der Fall sein kann.

Die Studie wurde vor der Bundestagswahl 2021 durchgeführt. In dieser Zeit lagen die CDU/CSU und die Grünen seit Monaten in den Sonntagsfragen aller Umfrageinstitute auf den ersten beiden Plätzen der Wähler:innengunst. Der letztendliche Wahlsieg der SPD ist noch nicht absehbar gewesen.

Wird ein politisches Rennen als offen wahrgenommen, so unsere Ausgangshypothese, sollten mehr Wähler:innen einer der beiden größten Parteien ihre Stimme geben. In solch einer Situation ist nicht nur der Wahlausgang, sondern auch der anschließende Regierungsbildungsprozess, offen. So auch im Fall des lang gesehenen Zweikampfes zwischen den Unionsparteien und den Grünen.

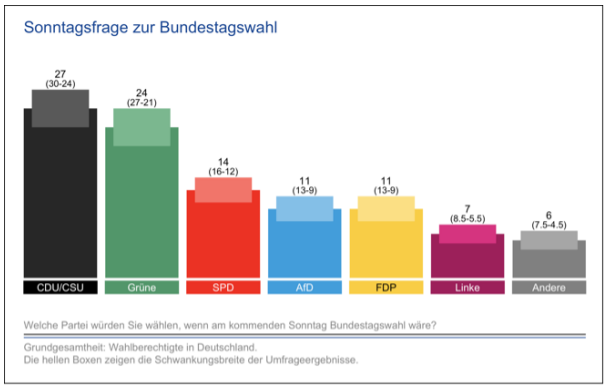
In diesem Kontext wurden den Teilnehmenden unseres Experiments unterschiedliche Umfragen vorgelegt. Für einen Teil der Befragten wurden hierbei die jeweiligen Schwankungsbreiten explizit dargestellt – für einen anderen nicht.



A: Umfrage ohne Schwankungsbreiten (eigene Darstellung)

Bruchteil der Bevölkerung befragt wird.

[2] Gründe für die fehlende Kommunikation dieser Unsicherheiten geben die Medienhäuser teils selbst. In einem FAQ der Hessenschau heißt es, dass die explizite Diskussion von Schwankungsbreiten „schwierig [sei]. Eine Überschrift in der Art 'CDU sinkt auf Wert zwischen 35 und 41 Prozent' wäre schwer vermittelbar".



B: Umfrage mit Schwankungsbreiten (eigene Darstellung)

Unsere Befunde zeigen, dass Bürger:innen unterschiedliche Wahlentscheidungen abhängig von der Darstellung der Schwankungsbreiten treffen. Wurden diese in einem knappen Rennen gezeigt, so tendierten mehr Bürger:innen dazu, der CDU/CSU oder den Grünen ihre Stimme zu geben.

Hinzu tritt, dass diese Unterschiede durch eine entsprechende Interpretation getrieben sind. Der beschriebene Effekt war nur zu beobachten, wenn den Umfragen eine Einschätzung beigefügt wurde, die die Offenheit des Wahlausgangs unter Bezugnahme auf die Schwankungsbreiten unterstrich. Dies betont die besondere Verantwortung, die den Medien in diesem Zusammenhang zukommt.

Veröffentlichungsverbote sind keine Lösung

Dass Umfragen für den politischen Wettbewerb von großer Bedeutung sein können, zeigen auch andere Beispiele. So werden dem ehemaligen österreichischen ÖVP-Bundeskanzler Sebastian Kurz und zwei Demoskopinnen die Finanzierung und Veröffentlichung geschönter Umfragen aus dem Jahr 2017 vorgeworfen. Unterschiedliche Forschungsarbeiten zeigen, dass nicht nur Wähler:innen von Umfragen beeinflusst werden können, sondern auch Parteien beispielsweise ihre Wahlkampfstrategien an dem Auf und Ab von Umfragewerten ausrichten.

Oft wird die Publikation von Umfragewerten unmittelbar vor Wahlen untersagt. Laut des diesjährigen Berichts der *World Association for Public Opinion Research* existieren in 46% der 157 weltweit untersuchten Länder sogenannte *Blackout Periods*. Dass solche Versuche jedoch nicht von Erfolg gekrönt sind, verdeutlicht das Beispiel der französischen Präsidentschaftswahl aus dem Jahr 2017. Hier wurden Umfrageergebnisse in Belgien und der Schweiz veröffentlicht und waren Wähler:innen somit trotz Verbot frei zugänglich.

Ebenso wäre ein Veröffentlichungsverbot vor dem Hintergrund der Freiheit der Berichterstattung der Medien umstritten. Darüber hatte im Zuge der Bundestagswahl 2021 auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einem Rechtsstreit zwischen dem Bundeswahlleiter und *Forsa* zu entscheiden. Gegenstand ist die Frage gewesen, ob Sonntagsfragewerte, die auch Informationen zum Wahlverhalten von Briefwähler:innen enthalten, eine unzulässige Veröffentlichung von Wähler:innenbefragungen darstellen würden. Unter Verweis auf Artikel 2 und Artikel 5 des Grundgesetzes entschied das Gericht zugunsten des Meinungsforschungsinstituts.

Kommunikation von Unsicherheiten als zentrale Herausforderung

Das Problem sind nicht die Umfragen selbst, sondern die Art und Weise, wie sie in der öffentlichen Debatte genutzt werden. Doch genau hier liegt die Krux: Medien sollten dazu angehalten werden, die Berichterstattung über Umfragen selbst zu regeln, anstatt solche Entscheidungen den Parlamenten zu überlassen.

Eine wichtige Herausforderung besteht darin, die Bedeutung methodischer Details der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Hier sollte die Darstellung von Umfragewerten über die bloße Nennung der Schwankungsbreiten hinausgehen. Ein geeignetes Mittel kann deren graphische Darstellung sein. Auch sollten Umfrageinstitute und folgend auch Journalist:innen andere wichtige Informationen, wie die Anzahl der unentschlossenen Wähler:innen, benennen. So können mögliche negative Effekte auf Entscheidungen der Bürger:innen am Wahltag vermieden werden.

Eine Selbstverpflichtung aller Umfrageinstitute wurde zum Beispiel in Österreich im Jahr 2017 eingeführt. In dieser verständigte man sich auf Mindeststandards zur Veröffentlichung von Ergebnissen der Sonntagsfrage. Konkret legt die Vereinbarung die Nennung unterschiedlicher Details wie der Stichprobengröße, der Erhebungsmethode oder der Schwankungsbreite fest. Dies führte zu

[3] Eine ähnliche Richtlinie existiert auch in Deutschland. Diese ist jedoch weniger umfangreich als das österreichische Pendant. Beispielsweise werden statistische Fehlertoleranzen lediglich am Rande erwähnt und nicht explizit in den zu dokumentierenden Informationen einer Umfrage gelistet.

einer deutlichen Qualitätssteigerung der durch die Institute publizierten Wahlumfragen.[3]

Ein bindendes Arrangement unter Medien und Umfrageinstituten könnte man auch in Deutschland angesichts der anstehenden Europa- und Landtagswahlen etablieren. Auch wenn Umfrageinstitute ihre Erhebungsmethoden zunehmend verfeinern, bleiben einer jeden Sonntagsfrage statistische Fehlerwahrscheinlichkeiten inhärent. Eine transparente Kommunikation dieser ist angesichts der Vielfalt an Faktoren, die die Qualität von Umfragen beeinflussen, von entscheidender Bedeutung. Diese Verantwortung liegt nicht nur bei den Umfrageinstituten, sondern auch bei den Medien, die diese Daten interpretieren und verbreiten.

Hermann Heußner

Prämie auf die Macht

Warum die Berliner CDU die Finger vom Instrument der Volksbefragung lassen sollte

doi: 10.17176/20231204-141420-0

Die CDU-Fraktion im Berliner Abgeordnetenhaus möchte, dass die Berliner Regierung eine Volksbefragung zur (Teil-)Bebauung des Tempelhofer Feldes initiiert. Sie soll dazu dienen, entgegen dem Volksentscheid von 2014, in dem sich die BerlinerInnen mehrheitlich für ein Bauverbot ausgesprochen hatten, nunmehr doch eine Bebauung durchzuführen. Dadurch soll die im Koalitionsvertrag (S. 53) von CDU und SPD für dieses Bauverbot geforderte „Neubewertung durch die Berlinerinnen und Berliner" konkretisiert werden.

Es ist nicht das erste Mal, dass die CDU eine von der Regierung bzw. dem Parlament beschlossene, nicht bindende Volksbefragung anstrebt. Bereits 2015 hatte der damalige, von SPD und CDU getragene Senat ein Volksbefragungsgesetz ins Abgeordnetenhaus eingebracht, um die Bürger zu befragen, ob sich Berlin für die Olympischen Spiele bewerben solle. Die Initiative wurde nicht weiterverfolgt, nachdem sich der Deutsche Olympische Sportbund für Hamburg als Bewerbungsstadt entschieden hatte.

Für Regierungen ist die Versuchung, nach solchen Volksbefragungen zu greifen, offenbar sehr groß. Sie versuchen es immer wieder. Dennoch: Solche Volksbefragungen sind aus verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Dass rechtliche Gründe der Volksbefragung entgegenstehen könnten, sieht selbst der Berliner CDU-Fraktionsvorsitzende Stettner.

Plebiszite sind keine direkte Demokratie

Die beabsichtigte Volksbefragung ist kein Instrument der direkten Demokratie, wie die von Art. 62 der Berliner Verfassung vorgesehenen Volksbegehren und Volksentscheide. Denn direkte Demokratie ermöglicht Selbstregierung der BürgerInnen „von unten": Sie bestimmen den Abstimmungsinhalt und entscheiden selbst.

Von der Regierung und/oder dem Parlament „von oben" ausgelöste Volksbefragungen (oder Volksentscheide) sind hingegen Plebiszite. Sie sind eine Prämie auf die Macht. Sie sind keine Form der direkten Demokratie, denn nicht die BürgerInnen entscheiden, wann und über was sie abstimmen. Damit bekommt die Regierung bzw. die Parlamentsmehrheit entscheidende Trümpfe in die Hand: Sie entscheidet einseitig über Inhalt, Formulierung und Zeitpunkt der Abstimmung. In ihren Händen liegen die Rahmendaten der „Choreografie". Die parlamentarische Opposition ist geschwächt. Denn es findet ein Arenenwechsel der politischen Auseinandersetzung statt: „Heraus aus den Parlamenten, hinaus auf die Marktplätze." Die parlamentarischen Rechte der Opposition schrumpfen zu „second order-Rechten", sobald die Entscheidung nicht mehr im Parlament, sondern an der Urne fällt. Dort haben die Regierung bzw. die Regierungsmehrheit jedoch das Antragsmonopol.

Missbrauchsgefahr durch populistische und extremistische Parteien

Die Gefahren des Plebiszits sind besonders groß, wenn es rechtspopulistischen und rechtsextremen Kräften zur Verfügung steht. Denn es ermöglicht, geeignete Zeitpunkte abzupassen, um u.a. der Opposition, gesellschaftlichen Gegenkräften und Gerichten den „wahren Volkswillen" vorzuführen und unter diesem Druckaufbau vor sich herzutreiben. Es ist deshalb kein Wunder, dass Diktatoren und Autoritäre das Plebiszit mit Vorliebe nutzen, um „ihr Volk" zu befragen, so z.B. Napoleon I., Napoleon III., Hitler, Orbán und Putin.

„Der Meister des Einsatzes dieses Werkzeugs ist Viktor Orbán, der ungarische Ministerpräsident." Darauf wiesen Hermann Heußner, Arne Pautsch und Max Steinbeis kürzlich hin: „Die Ungarinnen und Ungarn werden alle paar Monate mit einer neuen »nationalen Konsultation« behelligt, mit hochgradig suggestiven Fragen der Regierung. Ein Beispiel: »Stimmen Sie mit der ungarischen Regierung überein, dass es statt Einwanderung notwendig ist, ungarische Familien und ungeborene Kinder zu unterstützen?« Mit diesem Instrument kann die Regierung jeden rechtsstaatlichen oder demokratischen Widerstand, auf den sie mit ihrer Politik stößt, delegitimie-

ren. Wer anderer Meinung ist – ob die EU oder das Verfassungsgericht oder der politische Gegner – stellt sich dem »Willen des Volkes« entgegen – einem Volkswillen, den die Regierung selbst herstellen und nach ihren Vorstellungen gestalten kann. Autoritärer Populismus in Reinkultur."

Auch auf Bundesländerebene ist das Populismuspotenzial enorm. Denn die Länder haben wichtige Kompetenzen, u.a. im Hinblick auf Medien, Polizei, Hochschule, Kultur. So wäre etwa der Korruptionsskandal beim RBB der ideale Zeitpunkt gewesen, eine Volksbefragung zum Ausstieg aus bestimmten Länderstaatsverträgen im Rundfunkwesen, z.B. dem Medienstaatsvertrag, anzusetzen. Die Frage hätte lauten können:

> „Soll das Land Thüringen den Medienstaatsvertrag der Länder kündigen?"

Wegen dieser Missbrauchsgefahren sehen die direktdemokratischen Schwergewichte Schweiz und Kalifornien in der Bundesverfassung bzw. der Gliedstaatenverfassung das Plebiszit auch nicht vor.[1] Direktdemokratische Instrumente, also Volksbegehren und Volksentscheid, bergen diese Gefahren nicht. Denn sie sind zeitlich langestreckte Verfahren, die Emotionalisierungen aufgrund bestimmter Ereignisse wieder abkühlen können. Eine präventive gerichtliche Kontrolle verhindert von vornherein, dass rechtswidrige Inhalte zur Abstimmung kommen. Und im Verfahren sind Verhandlungsmöglichkeiten eingebaut, die zu Kompromissen zwischen Initiatoren und dem Parlament führen und zum Entfallen des Volksentscheids führen können. Schließlich ist es auch möglich, dass im Volksentscheid potenziell zwischen mehreren Vorlagen gewählt werden kann. Denn das Parlament darf zum Gegenstand des Volksbegehrens einen Konkurrenzentwurf mit zur Abstimmung stellen.

Vorrang der Verfassung

Eine solche Regierungs- bzw. Parlamentsvolksbefragung hatte erstmals die CSU-Regierungsmehrheit in Bayern 2015 in die Tat umgesetzt (dazu ausführlich Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 10/2014, S. 1-8). Die dafür mit einfacher Mehrheit beschlossene Änderung des Landeswahlgesetzes (BayGVBl. 2015, 18) hat der BayVerfGH 2016 jedoch für verfassungswidrig erklärt (BayVerfGH, Entsch. v. 21.11.2016, NVwZ 2017, S. 319 ff.). Nach richtiger Ansicht erfordert eine Volksbefragung eine Verfassungsänderung.[2] So hat der BayVerfGH 2016 im Anschluss an Entscheidungen des BVerfG von 1958 zu konsultativen Volksbefragungen auf Länderebene entschieden, dass ein nach gesetzlichen Vorgaben organisierter Urnengang, bei dem alle wahlberechtigten BürgerInnen zur Abstimmung aufgerufen sind, einen Akt der Staatswillensbildung darstellt. Der konsultative Charakter der Abstimmung, der eine rechtliche Bindung des Parlaments und der Regierung ausschließt, ändert daran nichts (Leitsatz 1 und Rn. 94 ff.). Es ist weiter davon auszugehen, dass die Formen der Beteiligung des Volkes an der Staatswillensbildung in der Verfassung abschließend aufgeführt sind (Leitsatz 2 und Rn. 99 ff.). Auch eine lediglich konsultative Volksabstimmung ist aufgrund ihrer faktischen Wirkung geeignet, das von der Verfassung vorgegebene Kräfteverhältnis der Organe und ihre Gestaltungsspielräume zu beeinflussen. Deshalb muss auch eine konsultative Volksbefragung in der Verfassung selbst verankert werden (Leitsatz 3 und Rn. 100 ff.).

In Berlin kann nichts anderes gelten. Denn auch dort ist davon auszugehen, dass konsultative Volksabstimmungen, die von der Regierung bzw. dem Parlament selbst eingeleitet wurden, in der Regel faktische Bindungswirkung haben. Folgerichtig hat 2015 im Zusammenhang mit dem geplanten Olympia-Plebiszit auch der damalige Berliner CDU-Innensenator Henkel dessen faktische Verbindlichkeit betont (Vgl. Heußner/Pautsch, NJW 2015, S. 1226). Diese Bindungswirkung würde auch in Berlin das von der Verfassung fein austarierte Verhältnis der verschiedenen Staatsorgane maßgeblich verändern.

In der Literatur gibt es freilich auch die gegenteilige Ansicht, wonach die faktische Bindungswirkung irrelevant sei. Es komme allein darauf an, dass die Abstimmung rechtlich keine Wirkung habe. Die konsultative Volksbefragung überlasse es den staatlichen Organen, sich auch anders entscheiden zu können.[3] Rechtlich un-

[1] Heußner, Das rechtspopulistische Verhältnis der AfD zur direkten Demokratie –Kein Argument gegen Volksgesetzgebung, in: Heußner/Pautsch/Rehmet/Kiepe (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 4. Aufl. 2024, i.E., S. 335.

[2] Vgl. Nachweise bei Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 107.

[3] Grzeszick, in: Dürig/Scholz/Herzog, Grundgesetzkommentar, Mai 2023, Art. 20 Rn. 116.

[4] So u.a. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 107 m.w.N.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG,

verbindliche Volksbefragungen können danach mit einfacher Mehrheit beschlossen werden.[4]

Diese Literaturmeinung könnte die CDU/SPD-Koalition in Berlin dazu verführen, das Plebiszit zu etablieren, in der Hoffnung, dass es ja nicht völlig ausgeschlossen ist, dass sich der Berliner VerfGH dieser Auffassung anschließen könnte. Diesen Weg würde erst recht die AfD gehen, falls sie in Zukunft in die Nähe einer Regierungsbeteiligung kommen sollte., wie es sich in Thüringen und anderen Bundesländern bereits andeutet. Um den rechtspopulistischen und rechtsextremen Griff nach dem Plebiszit zu verhindern, ist es deshalb ist dringend angeraten, im Wortlaut der Landesverfassungen zur Sicherheit schnellstmöglich klarzustellen, dass auch die Einführung rechtlich unverbindliche Volksabstimmungen einer Verfassungsänderung bedürfen.

Alternativen

Abgeordnete und die von ihnen getragenen Regierungen werden gewählt, um zu regieren, d.h. zu entscheiden. Sie sollen nicht vor dieser Verantwortung fliehen. Auch angesichts geltender Volksgesetze müssen sie dies nicht, wenn sie von Volksgesetzen abweichen wollen. Denn die in Art. 2 Satz 2 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Berliner Verfassung angelegte Gleichrangigkeit von Volks- und Parlamentsgesetzgebung erlaubt es dem Parlament nach der *lex posterior*-Regel, Volksgesetze abzuändern. Wenn die CDU vom Tempelhofer Feld-Gesetz (BlnGVBl. 2014, 190) abweichen will, kann die CDU/SPD-Koalition dies durch ein parlamentarisches Abänderungsgesetz bewerkstelligen.

Freilich birgt ein solches Verfahren das Risiko, dass die Gegner einer Änderung erneut ein Volksbegehren lancieren, um die Änderung zu verhindern bzw. rückgängig zu machen. Will die Koalition das Risiko, ggf. gegen den Mehrheitswillen der Bürger das Tempelhofgesetz abzuändern, nicht eingehen, ist das gegebene Instrument, dass CDU, SPD und weitere Bündnispartner selbst ein Volksbegehren mit dem Ziel der Abänderung des Tempelhofgesetzes lancieren. Allerdings müssen sie sich dann den beträchtlichen Mühen unterziehen, die ein Volksgesetzgebungsverfahren den Initiatoren abverlangt.

Die Einführung eines Plebiszits in die Verfassung ist hingegen abzulehnen, da es die oben aufgeführten Nachteile und Missbrauchspotentiale birgt. Verfassungspolitisch ist allenfalls ein Parlamentsplebiszit hinnehmbar, das diese Nachteile bannt, wie etwa nach dem „Hamburger Modell“. So ist gem. Art. 50 Abs. 4b der Hamburgischen Verfassung ein Parlamentsplebiszit – in Hamburg heißt es „Bürgerschaftsreferendum“ – zulässig, wenn dies auf Antrag bzw. durch Beschluss von 2/3 der Mitglieder der Bürgerschaft geschieht. Der Senat muss das Plebiszit ebenfalls unterstützen. Die notwendige 2/3-Mehrheit in der Bürgerschaft stellt in der Regel sicher, dass die Volksabstimmung kein einseitiges Instrument in den Händen der Regierungsmehrheit darstellt. Demselben Zweck dient, dass der Abstimmungstermin nur mit 2/3-Mehrheit festgesetzt werden kann. Die Abstimmung ist außerdem bindend. Ein zum Zeitpunkt des Bürgerschaftsbeschlusses qualifiziertes Volksbegehren bzw. eine noch zu qualifizierende Volksinitiative zum selben Gegenstand werden mit der Vorlage der Bürgerschaft zusammen abgestimmt.

Um sicherzustellen, dass auf jeden Fall eine Vorlage „von unten“ aus der Bürgerschaft erarbeitet wird, empfiehlt es sich, der Abstimmung einen losbasierten Bürgerrat vorzuschalten. Dessen ggf. erarbeitete Vorlage kann dann ebenfalls mit zur Abstimmung gebracht werden.[5]

Fazit

Die einfachgesetzliche Etablierung des Plebiszits ist verfassungswidrig. Plebiszite sind in den Händen von Populisten und Extremisten ein ideales Instrument der Demagogie. Der Wortlaut der Länderverfassungen sollte schleunigst klarstellen, dass die Einführung rechtlich unverbindlicher Volksbefragungen einer Verfassungsänderung bedarf.

17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 6; Grzeszick, in: Dürig/Scholz/Herzog, Grundgesetzkommentar, Mai 2023, Art. 20 Rn. 116.

[5] Zu losbasierten Bürgerräten vgl. Huber/Nierth, Dialogkunst und Gestaltungsmacht –Warum Bürgerräte und direkte Demokratie zusammenpassen, in: Heußner/Pautsch/Rehmet/Kiepe (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 4. Aufl. 2024, i.E., S. 309 ff.

Michael Goldhammer

Neue Realitäten im Landtag

Das Demokratiepaket in Hessen

doi: 10.17176/20231220-111214-0

Den Ruf als „härtestes Parlament Deutschlands“ hatte sich der Landtag in Wiesbaden schon lange vor dem Einzug der AfD erworben. Offenbar haben die Verhältnisse im Wiesbadener Stadtschloss in den letzten Jahren aber eine andere Qualität erreicht. Jedenfalls wird man so die „dringliche“, parteiübergreifende Gesetzesinitiative, bestehend aus CDU, Bündnis 90/Die Grünen, SPD und FDP, verstehen dürfen. Sie trägt den Namen Demokratiepaket, ist offensichtlich gegen die AfD richtet und wurde am 12.12.2023 noch schnell vom alten Landtag verabschiedet, um für die neue Legislatur gerüstet zu sein.

Anlass hierfür bot u.a. die letzte Landtagswahl vom 8. Oktober 2023, aus der die AfD mit 18,4 % deutlich als zweitstärkste Kraft hervorging. Nach der konstituierenden Sitzung, die für den 18. Januar 2024 vorgesehen ist, dürfte sie den Status der stärksten Oppositionsfraktion haben und mit entsprechendem Selbstbewusstsein jene Positionen einfordern, die Oppositionsfraktionen nun einmal zustehen.

Wer das als Problem begreift, kann sich ihm in zweierlei Weise stellen: parlamentarisch und außerparlamentarisch. Beim Demokratiepaket geht es um ersteres. Diesseits des Parteiverbots ist ein solches Unterfangen aber offensichtlich heikel. Denn mit dem Parlamentsrecht arbeitet man im Maschinenraum der repräsentativen Demokratie. Das ist zwar herausfordernd, aber gut machbar. Denn im Gegenteil ist das kontinuierliche Justieren der parlamentarischen Stellschrauben nichts als der Normalfall. Parlamentarismus kennt keinen Endzustand, sondern ist Sisyphusarbeit.

Ordnungsgelder bei Störungen

Mit dem Demokratiepaket, das eigentlich Parlamentarismuspaket heißen müsste, justiert der Gesetzgeber drei Felder nach. Das Gesetz führt zunächst Ordnungsgelder für die Störung der Haus- oder Sitzungsordnung ein. Dies sei notwendig, so die Begründung, weil sich die traditionellen Ordnungsmittel der Geschäftsordnung (vgl. §§ 75 GOHLT) „in Einzelfällen als zu wenig effektiv und ausdifferenziert erwiesen“ hatten.

Das überrascht, weil man doch annehmen könnte, dass das bisherige Instrumentarium nach vielen Jahrzehnten alles gesehen haben sollte, was die Ordnung des Hauses stört. Tatsächlich haben die traditionellen Ordnungsmittel aber einen entscheidenden Nachteil. Sie wirken nur, wenn die Adressaten die parlamentarischen Komments teilen, die Grundlage der Sanktion sind. Sie verhalten sich jedoch sogar kontraproduktiv, wenn es dem Störer gerade auf die Sanktion ankommt. Wenn der Eklat im Landtag dem Störer mehr bringt als er politisch kostet, kommen Rüge, Ordnungsruf, Wortentzug und Sitzungsausschluss an ihr Ende.

Bei „nicht nur geringfügiger Verletzung der Ordnung oder der Würde des Landtages“ können daher bald 500 bis 3.000 Euro verhängt werden. Damit liegt das Landesrecht etwas höher als der Rahmen, den das Abgeordnetengesetz des Bundes seit 2021 vorsieht. Die wird das Problem gezielter Provokation natürlich nicht lösen, ergänzt das Instrumentarium aber sinnvoll.

Gegen einen anständigen Umgang im Landtag wird im Übrigen sicherlich niemand etwas haben. Die Streite werden daher eher auf der Anwendungsebene liegen. Liegen „menschenverachtende und diffamierende Äußerungen“ vor, wozu nach der Begründung insbesondere „sexistische und rassistische Äußerungen“ zählen? Oder handelt es sich nur um den alles entschuldigenden Altherrenwitz? Im Zweifel wird der Staatsgerichtshof darüber zu entscheiden haben. Immerhin darf man die Hoffnung haben, dass sich künftig Einlassungen unter Verwendung antisemitischer Codes besser sanktionieren lassen.

Änderung der Besetzung der G 10-Kommission

Deutlich heikler als die Ordnungsgelder ist Artikel 2 des Demokratiepakets. Er bewirkt die Änderung der Besetzung der G 10-Kommission. Sie wendet sich offensichtlich gegen die Mitwirkung der AfD-Fraktion. Den ihr nach altem Recht sicher gewesenen Platz, wird sie nun nicht mehr haben. Möglich wird dies durch den Übergang von

der Verhältniswahl zur Mehrheitswahl, bei der die AfD ohne Bündnispartner keine Chance hat.

Zur Begründung wird die weitgehend ähnliche Rechtslage im Bund und in den Ländern angeführt. Während dies zutrifft, ist der tiefere Sinn zugleich offensichtlich. Die Verfassungsschutzbehörden stufen landauf, landab die AfD oder deren Jugendorganisation als Verdachtsfall ein. So auch in Hessen, was das VG Wiesbaden kürzlich im Rahmen eines Eilverfahrens mittelbar auch bestätigt hat. Nach alter Rechtslage säße die AfD in der G 10-Kommission und würde womöglich zugleich überwacht.

Das verhindert das Demokratiepaket nun. Zugleich stellt dies einen Gleichlauf mit dem Parlamentarischen Kontrollgremium her. Dessen Mitglieder werden in Hessen ohnehin schon durch Mehrheitswahl bestimmt (§ 1 Abs. 4 VSKG). Folglich darf angenommen werden, dass die AfD auch künftig in keinem der beiden Gremien vertreten sein wird.

Die spannende Frage ist freilich, ob all das geht. Kann man bei der Besetzung der G 10-Kommission die größte Oppositionsfraktion umgehen? Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist die Unterscheidung der hier in Rede stehenden Kommission von den parlamentarischen Ausschüssen zentral. Ausschüsse sind verkleinertes Abbild des Parlaments. Die AfD entsendet daher, wie jede andere Fraktion, ihre Leute in die Ausschüsse (§ 57 Abs. 2 GOBT), ohne dass dies von einer Wahl abhinge.

Bei der G 10-Kommission ist das anders. Sie ist kein Ausschuss in diesem Sinne, kein parlamentarisches Gremium,[1] sondern Kontrollorgan eigener Art.[2] Sie ist funktional auf Rechtskontrolle gerichtet und nicht auf demokratische Verantwortlichkeit.[3] Sie soll eine „materiell und verfahrensmäßig der gerichtlichen Kontrolle gleichwertig[e]“ Nachprüfung gewährleisten (BVerfGE 30, 1 [23]; BVerfGE 100, 313 [361 ff.]). Die Kommission besteht folglich schon nicht notwendigerweise aus Parlamentariern, wie es noch die alte Rechtslage in Hessen vorsah.

Die „Volksvertretung“, von der Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG spricht, ist damit nicht als Kontrollorgan, sondern als Kreationsorgan gemeint.[4] Weder das Parlament noch ein verkleinertes Abbild kontrollieren also, sondern ein unabhängiges eigenes Organ. Folglich sind hier u.a. Sach- und Rechtskunde entscheidende Kriterien und nicht der formale Proporz im Parlament (BVerfGE 30, 1 [23]), der der AfD einen Sitz garantieren würde.

Das hat aber Grenzen. Das Bundesverfassungsgericht sieht sie dort, wo eine einseitige Besetzung durch die Mehrheit im Parlament stattfände, die missbräuchlich und damit verfassungswidrig wäre (BVerfGE 30, 1 [31]). Es geht also um praktische Konkordanz zwischen dem Statusrecht der Abgeordneten, der Funktionsfähigkeit des betreffenden Gremiums und effektiver Oppositionsarbeit. Effektive Opposition schützt die Minderheit also nicht strukturell vor Mehrheitsentscheidungen (BVerfGE 70, 324 [363]). Die Grenze ist erst dann verfassungswidrig überschritten, wenn die Opposition gar nicht vertreten wäre, weil es der Mehrheit ohne Sachgrund um eigene Leute geht.

Andererseits ist „die Opposition“ in der Regel vielschichtig. In Hessen sind damit ab 18.1.2024 AfD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP gemeint. Hat die AfD einen Anspruch, weil sie mit 3,6 % Vorsprung die stärkere Oppositionsfraktion wurde?

Das ist beim G 10-Gremium nach dem Gesagten deutlich abzulehnen: Erstens, weil die Funktion des Gremiums auf Rechtskontrolle gerichtet ist und nicht auf parlamentarische Willensbildung. Zweitens, weil damit Sachkunde und Vertrauen im Vordergrund stehen und nicht politische Kontrolle. Und drittens, weil eine anzunehmende übergroße Mehrheit für einen Kandidaten einer der übrigen Oppositionsparteien im Sinne der praktischen Konkordanz sowohl dem Statusrecht aller Abgeordneten wie auch dem Gedanken effektiver Opposition am weitesten zu praktischer Wirksamkeit verhilft. Ein 3,6-prozentiger Vorsprung könnte dagegen noch lange nicht aufwiegen, dass eine große Mehrzahl freier Abgeordneter gegen ihre Überzeugung jemanden wählen sollen, dem sie nicht vertrauen.

[1] Geis, HdbStR, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 54 Rn. 23.

[2] BVerfGE 143, 1 (13); Kau in: Stern/Sodann/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 94 Rn. 69.

[3] Gärditz in: Stern/Sodann/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn. 56 f.

[4] Hufeld, HdbStR, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 61.

Ein schlafender Hund? Das Parlamentarische Kontrollgremium

Nicht Gegenstand des Demokratiepakets war das Parlamentarische Kontrollgremium. Dort ist ohnehin schon Mehrheitswahl vorgesehen, so dass kein Sitz der AfD droht. Die Frage ist freilich, ob man nach den dargestellten Maßstäben dauerhaft damit durchkommt.[5] Denn die Gründe, die bei der G 10-Kommission für das Abweichen von der formellen Spiegelbildlichkeit angeführt werden können, liegen hier nicht vor. Es ist vielmehr ein parlamentarisches Gremium, besetzt mit Parlamentariern zur Ausübung parlamentarischer Kontrolle.

Zugleich ist es aber auch kein Ausschuss, bei dem strenger Proporz gilt, sondern Kontrollorgan in sensiblen geheimdienstlichen Fragen. Die Besetzung ist daher weniger streng spiegelbildlich als bei Ausschüssen, aber auch nicht so sachgesetzlich eigen wie beim G 10-Gremium.

Dass die Einschränkung der Spiegelbildlichkeit möglich ist, gilt dem Grunde nach als verfassungsrechtlich entschieden (BVerfGE 30, 1; BVerfGE 70, 324; SachsAnhVerfG, Urt. v. 13.12.2023, Az: LVG 30/22; BbgVerfG, Urt. v. 19.2.2016 – VfGBbg 57/15 = NVwZ 2016, 931; ThürVerfGH, Beschl. v. 14.10.2020 – VerfGH 106/20 = BeckRS 2020, 33783). Die Rechtfertigungshürde ist zwar im Vergleich zur G 10-Kommission deutlich höher, aber nach denselben Maßstäben nicht ausgeschlossen.

Erhöhung der Mitgliederzahl im Wahlausschuss zum Staatsgerichtshof

Um die Arbeitsfähigkeit – so die Begründung – des Richterwahlausschusses zu erhöhen, wird er schließlich um einen Sitz auf neun erweitert. Unter Arbeitsfähigkeit dürfte insbesondere die Mehrheitsfindung und die Vermeidung von Blockaden zu verstehen sein. Denn jedes Mitglied muss gem. § 5 Abs. 7 Satz 2 StGHG eine Zweidrittelmehrheit auf sich vereinigen. Mit zwei Sitzen nach alter Rechnung wäre die AfD schon bei 25 %, so dass Wahlen nur noch mit im Übrigen geschlossenen Reihen möglichen wären. Mit den jetzt neun Sitzen wird die Mehrheitsbildung zumindest etwas entlastet. Denn wenn das Ziel sein sollte, grundsätzlich nicht mit der AfD zu stimmen, bedeutete dies *de facto* eine einstimmige Richterwahl im Übrigen. Das kann auf Dauer nicht gewollt sein kann.

Macht man so etwas?

Die Änderungen sind verfassungsrechtlich unproblematisch. Dass man damit womöglich ein Opfernarrativ bedient und verstärkt, ist sicherlich in Rechnung zu stellen. Wie aber verhält es sich mit der politischen Moral? Wie fände man das „Demokratiepaket“, wäre man selbst in der Opposition? Dazu gibt es dreierlei zu sagen: Erstens ist der Spielraum in parlamentsrechtlichen Fragen verfassungsrechtlich begrenzt. Auch hier kann die Mehrheit nicht machen, was sie gerade möchte. Zweitens sind daher Einschränkungen der Status- und Fraktionsrechte zu rechtfertigen, was hier gelingt. Und drittens liegt darin nichts als die Aporie einer rechtlich verfassten parlamentarischen Demokratie. Es ist kein Zufall, dass das Parlamentsrecht seine Wurzeln vielfach in der Parlamentspraxis hat und sich mit Gepflogen- und Gewohnheiten überschneidet. Wo sich diese aber verändern, wäre es töricht, untätig zu bleiben. Das Demokratiepaket ist daher auch keine „lex AfD“, sondern parlamentarische Bewältigung des Parlamentarismus.

[5] Kritisch Schönberger/Schönberger, JZ 2018, S. 105 (109).

Christina Jacobs, Maike Middeler

Jede hat ihr Kreuz zu tragen

Zum bayerischen Kreuzerlass-Urteil des BVerwG vom 19.12.2023 - 10 C 5.22

doi: 10.17176/20231223-111203-0

Bayerische Behörden sind verpflichtet, „als Ausdruck der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns gut sichtbar ein Kreuz“ in ihrem Eingangsbereich anzubringen. So sieht es § 28 AGO vor, den das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in seinem Urteil vom 19.12.2023 nach einer Klage unter anderem vom Bund für Geistesfreiheit (BfG) für rechtmäßig befunden hat. Bereits die Vorinstanz hatte die Bayerische Anordnung nicht durchkreuzt: Sie stellte zwar einen Verstoß gegen die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates zur weltanschaulich-religiösen Neutralität fest, verneinte aber eine subjektive Rechtsposition der Kläger aus Art. 4 Abs. 1, 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Das BVerwG weist nun die Klage auf Aufhebung von § 28 AGO mangels Außenwirkung der Norm als unzulässig zurück, da es sich um eine Verwaltungsvorschrift handelt. Soweit die Klage sich auf das Anbringen der Kreuze richtet, sei sie unbegründet. Eine Verletzung der Kläger*innen in ihren Rechten aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wird zutreffend verneint, weil die Kläger*innen als Weltanschauungsgemeinschaften kein Recht auf Konfrontationsschutz haben. In den weiteren Punkten weicht die Argumentation des Gerichts indes nicht nur geradezu provokativ von etablierten verfassungsrechtlichen Maßstäben ab, sondern verstrickt sich dabei auch in Wertungswidersprüche.

Keine religiöse Diskriminierung

Um einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG i.V.m. dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates zu verneinen, beruft sich das BVerwG in der bereits veröffentlichten Pressemitteilung zu dem Urteil auf eine vermeintlich bindende Tatsachenfeststellung der Vorinstanz. Eine Bevorzugung christlicher Glaubensgemeinschaften habe der VGH München „bindend in tatsächlicher Hinsicht gerade nicht festgestellt, sondern einen Werbeeffekt für diese durch die Anbringung der Kreuze verneint” (Pressemitteilung 96/202 vom 19.12.2023). Ob es sich bei den Ausführungen des VGH um Tatsachenfeststellungen i.S.v. § 137 Abs. 2 VwGO handelt, muss bereits bezweifelt werden. Das BVerwG prüft hier zudem – anders als die Vorinstanz – das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit dem Neutralitätsgrundsatz. Während es zutreffend ist, dass der VGH einen Verstoß gegen das Verbot religiöser Diskriminierung verneint hat, hat er dennoch in derselben Entscheidung – in höchst wertungswidersprüchlicher Weise – einen Verstoß von § 28 AGO gegen das Neutralitätsgebot bejaht. Es erscheint daher geradezu paradox, dass das BVerwG sich nun darauf zurückzieht, der VGH habe eine Bevorzugung der christlich-religiösen Symbolik abgelehnt, wenn selbiger tatsächlich “eine sachlich nicht begründete Bevorzugung des christlichen Symbols” im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Kruzifix angenommen hat.

Ist das Kreuz neutral?

Genauso wenig kann die Positionierung des BVerwG zum staatlichen Neutralitätsgebot überzeugen. Das Gericht geht davon aus, dass nach “Kontext und Zweck der Verwendung des Kreuzsymbols” keine Identifikation des Staates mit dem Kreuz vorliege. Hierzu beruft sich das Gericht in erster Linie auf den Wortlaut von § 28 AGO, der statt der religiösen Bedeutung des Kreuzes dessen kulturelle und geschichtliche Wirkmacht in den Mittelpunkt stellt. Die Norm soll nach Auffassung des Gerichts also keine Privilegierung einer Religion darstellen, weil sie sich so geriert, als würde sie sich mit Religion überhaupt nicht befassen.

Das Gericht erkennt an, dass das Kreuz für den objektiven Betrachter ein zentrales Symbol des christlichen Glaubens darstellt, hält dem Normgeber aber zugute, sich ausschließlich auf die kulturelle und geschichtliche Bedeutung des Symbols bezogen zu haben. Auf diesem Wege Geschichte und Kultur als Gegenbegriffe zur Religion zu verwenden, unterschlägt die engen und vielfältigen Verstrickungen zwischen Gesellschaft und Religion. Nicht nur im engeren Sinne kultische Handlungen und

Symbole, sondern auch religiös geprägte gesellschaftliche Riten und Gebräuche können exkludierend wirken – ob sie subjektiv so gemeint sind oder nicht. Dem*der gemeinen Behördenbesucher*in wird überdies der Normtext von § 28 AGO nicht vertraut sein. Warum es also für die Bewertung der Frage, ob sich der Staat mit dem Kreuz identifiziert auf den subjektiven Willen des Normgebers und nicht etwa auf die objektive Wirkung dieses Symbols ankommen soll, bleibt unklar. So formuliert auch das BVerfG in seinem Kruzifix Urteil deutlich: „Die Ausstattung eines Gebäudes oder eines Raums mit einem Kreuz wird bis heute als gesteigertes Bekenntnis des Besitzers zum christlichen Glauben verstanden." Auch wenn Mitarbeitende vorliegend nicht „unter dem Kreuz entscheiden", so hat der Staat dennoch bereits den Anschein mangelnder Objektivität zu vermeiden, um das Vertrauen in die Amtsführung aufrechtzuerhalten. Nicht zuletzt benachteiligt ein Ansatz, der auf die kulturelle Dimension des Kreuzsymbols abstellt, zwangsläufig andere Glaubensrichtungen. Denn anderen Religionen wird eine entsprechende Aufwertung nicht zuteil. Die Folge ist ein Verstoß gegen das Verbot religiöser Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Keine Flucht in die Verwaltungsvorschrift

In keinster Weise thematisieren die Gerichte die Tatsache, dass die Regelung eines derart grundrechtssensiblen Bereichs in einer Verwaltungsvorschrift vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips und insbesondere der Wesentlichkeitstheorie höchst problematisch ist. Verwaltungsvorschriften können – im Gegensatz zu Rechtsverordnungen und Satzungen – nicht zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden. Belastendes Handeln auf Grundlage von Verwaltungsvorschriften setzt voraus, dass außenwirksames Recht eine vollständige Grundrechtsschranke formuliert. Eine solche erhöhte Grundrechtssensibilität liegt hier vor. Denn selbst wenn im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Kläger*innen in ihrer negativen Religionsfreiheit zutreffend verneint wird, so stellt das Anbringen von Kreuzen im Eingangsbereich von Behörden doch einen Eingriff in die negative Religionsfreiheit von Behördenbesucher*innen aus Art. 4 Abs. 1 GG dar. Bei einem Behördengang wird jede*r durch die Positionierung des Kreuzes unvermeidbar mit dessen Anblick konfrontiert. Zwar wird der*die Besucher*in durch die Anbringung des Kreuzes im Eingangsbereich nicht zu einer längeren Betrachtung des Kreuzes gezwungen, aber gerade die Wahrnehmung eines objektiv religiösen Symbols zu Beginn eines Behördenganges kann für den weiteren Verlauf des Besuchs prägend sein. Insbesondere der Feststellung des VGH, es handele sich bei dem Kreuz um ein „im wesentlichen passives Symbol ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung", ist zu widersprechen. Auch wenn es durch den Anblick der Kreuze wohl nicht zu spontanen Konvertierungen kommen wird, so erweckt ein prominent platziertes christliches Symbol den Eindruck, dass sich der Staat hinter die Werte und Überzeugungen dieser Religion stellt. Zudem bleibt offen, warum dem Kreuz nur eine passive Symbolwirkung zukommen soll. Eine aktive Wirkung christlicher Symbole wird wohl nicht erst bei einer bischöflichen Segnung der Behördenbesucher*innen anzunehmen sein.

Auch der Hinweis der Vorinstanz darauf, dass auch im Straßenbild Kreuzsymbole zu sehen seien, überzeugt nicht. Denn während Kreuzdarstellungen im öffentlichen Raum auf die freie Religionsausübung von Privatpersonen zurückzuführen und aus diesem Grund im Regelfall für Dritte als zumutbar zu erachten sind, werden die Kreuze im vorliegenden Fall von einer staatlichen Stelle angebracht. In einer Behörde tritt der Staat dem*der Bürger*in zudem – anders als etwa in einer Schule – in klassisch-hoheitlicher Funktion gegenüber. Daher ist von einer erhöhten Beeinträchtigungswirkung durch das eindeutige Machtverhältnis auszugehen.

Aufgrund der nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung von Grundrechten hätte die Verpflichtung zum Anbringen von Kreuzen in Behörden somit einer Rechtsverordnung oder eines Parlamentsgesetzes bedurft.

Fazit

Auch wenn sich die bayerische Regierung in einem christlich geprägten Kulturkreis verortet, so entbindet dies nicht von der Pflicht zur Wahrung des staatlichen Neutralitätsgebotes oder der Grundrechte. Schon aus rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sollte dem Freistaat daran gelegen sein, bereits den Eindruck zu vermeiden, dass Bayerns Behörden ihre Amtsgeschäfte nicht neutral, sondern unter religiös geprägtem Einfluss walten.

Die Pflicht, Kreuze in Behörden anzubringen, kann nur schwerlich als lediglich kultureller Akt verstanden werden. So schrieb auch der bayerische Ministerpräsident Markus Söder kurz nach Bekanntwerden des Urteils bei X (vormals Twitter): „Wir begrüßen das Urteil des Bun-

desverwaltungsgerichts. Das #Kreuz ist ein Zeichen unserer christlichen und kulturellen Prägung. Es gehört zu #Bayern." Wir machen jedenfalls drei Kreuze, wenn das Bundesverfassungsgericht Bayern diesbezüglich ins Gebet nimmt.

Robert Böttner

Im staatsorganisationsrechtlichen Reallabor

Was passiert nach einer gescheiterten Vertrauensfrage in Thüringen?

doi: 10.17176/20231204-141804-0

Nicht nur auf Bundesebene gibt es Streit ums Geld. Im Vorfeld der Haushaltsberatungen in Thüringen werden nun Gedankenspiele laut, die Verabschiedung des Haushalts mit der Vertrauensfrage zu verknüpfen, um eine Mehrheitsentscheidung zu erzwingen. Spätestens wenn CDU, FDP und AfD gegen die Stimmen der Minderheitsregierung einen Gegenhaushalt durchsetzen, würde sich Ministerpräsident Ramelow wohl genötigt sehen, die Vertrauensfrage zu stellen. So ließe sich die Wahlperiode vorzeitig beendigen und Neuwahlen herbeiführen – zumindest, wenn man der Ansicht einiger Autoren folgt, die die Vorschriften der Thüringer Verfassung für den Fall einer gescheiterten Vertrauensfrage einschränkend auslegen. Einer teleologischen Reduktion des eindeutigen Verfassungswortlauts bedarf es indes nicht. Politische Desiderate dürfen nicht zum Verbiegen der Verfassung führen.

Vertrauensfrage und Landtags-Neuwahl im Thüringer Verfassungsrecht

Anders als das Grundgesetz sieht Artikel 50 Abs. 2 Nr. 1 der Thüringer Verfassung, wie viele andere Landesverfassungen, vor, dass der Landtag mit der Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder seine Auflösung beschließen kann. Eine zweite Möglichkeit ist die Parlamentsauflösung nach einer gescheiterten Vertrauensfrage des Ministerpräsidenten. Diese Option kennt auch das Grundgesetz, hingegen aber nur wenige andere Landesverfassungen. In Artikel 50 Abs. 2 Nr. 2 der Thüringer Verfassung heißt es dazu:

> „Die Neuwahl wird vorzeitig durchgeführt (…) wenn nach einem erfolglosen Vertrauensantrag des Ministerpräsidenten der Landtag nicht innerhalb von drei Wochen nach der Beschlussfassung über den Vertrauensantrag einen neuen Ministerpräsidenten gewählt hat."

Weder hier noch in Artikel 74 der Thüringer Verfassung, der sich spezifisch mit der Vertrauensfrage des Ministerpräsidenten befasst, findet sich ein bestimmtes Quorum für diese Ministerpräsidentennachwahl. Stattdessen bestimmt er lediglich eine dreitägige Karenzzeit zwischen Antrag und Abstimmung sowie das Quorum der absoluten Mehrheit des Parlaments, die notwendig ist, um dem Ministerpräsidenten das Vertrauen auszusprechen.

Einzig Artikel 70 Abs. 3 der Verfassung äußert sich – abseits vom konstruktiven Misstrauensvotum – zur Wahl des Ministerpräsidenten. Nach der Thüringer Verfassung ist zum Ministerpräsidenten gewählt, wer die Mehrheit der Stimmen des Landtags auf sich vereinen kann. Diese sogenannte „Kanzlermehrheit" ist der Regelfall in der Bundes- und in den Landesverfassungen zumindest für den ersten Wahlgang. Auch für einen möglichen zweiten Wahlgang fordert die Thüringer Verfassung diese Mehrheit. Im dritten Wahlgang hingegen soll gewählt sein „wer … die meisten Stimmen erhält". Wir erinnern uns: Nach der Landtagswahl 2014 und der knappen Mehrheit der Regierungskoalition befürchtete man einen dritten Wahlgang, in dem der damalige Kandidat Ramelow erheblicher Ablehnung gegenüberstehen könnte. Der darum entbrannte Streit,[1] ob in diesem Wahlgang schlicht eine relative Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreiche oder ob man die Bestimmung als „mehr Ja- als-Nein-

[1] Die zwei dazu eingeholten Gutachten wurden veröffentlicht als Morlok/Kalb, Die Wahl des Ministerpräsidenten nach Art. 70 Abs. 3 ThürVerf, ThürVBl. 2014, 153, und Zeh, Anforderungen der Verfassung des Freistaats Thüringen an die Wahl des Ministerpräsidenten durch den Landtag, ThürVBl. 2014, 161.

[2] Dietze/Schleicher, Die Wahl eines neuen Ministerpräsidenten nach gescheiterter Vertrauensfrage, ThürVBl. 2022, 278; Dette, in Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Artikel 50 Rn. 23 ff.; Dressel, in Dressel/Poschmann (Hrsg.), Kommentar zur Thüringer Verfassung, i.E., Artikel 50 Rn. 31.

Stimmen“ lesen müsse, ist nicht Gegenstand dieser Betrachtung. Stattdessen befürchten nun einige Autoren,[2] dass der dritte Wahlgang mit seiner Meiststimmenregelung dazu führt, dass sich der Landtag nach einer gescheiterten Vertrauensfrage nicht gem. Art. 50 Abs. 2 Nr. 2 ThürVerf auflösen kann, weil schon mit nur einer Ja-Stimme ein Kandidat zum nächsten Ministerpräsidenten gewählt werden kann, der politisch mindestens ebenso instabil ist. Bedarf es also einer teleologischen Reduktion des Artikel 70 Abs. 3 S. 3 ThürVerf?

Schließlich würde, so argumentieren die Befürworter dieser Verfassungsauslegung, genau dieses Verfahren den Zweck des Artikel 50 konterkarieren, eine Regierungskrise zu bewältigen, indem es zu Neuwahlen kommt. Ferner erforderten auch das Misstrauensvotum nach Artikel 73 – die andere Form der Abwahl des Regierungschefs – sowie der positive Ausspruch des Vertrauens in Artikel 74 eine absolute Mehrheit. Ein besonderer Wertungswiderspruch werde zudem dann deutlich, wenn eine mit einer Vertrauensfrage gescheiterte Regierung über die reguläre Wahl im dritten Wahlgang erneut als Minderheitsregierung ins Amt gewählt werden würde.

Eine gescheiterte Vertrauensfrage kann eine neue Minderheitsregierung hervorbringen

Die Anwendung des regulären Wahlverfahrens bei der gescheiterten Vertrauensfrage führt indes nicht zu einem Wertungswiderspruch. Die Thüringer Verfassung ist wie die anderen Landesverfassungen und das Grundgesetz darauf angelegt, dass sich Regierungen bilden können. Dementsprechend ist die Auflösung des Parlaments, ob durch eigenen Beschluss oder infolge einer verlorenen Vertrauensfrage, regelmäßig an hohe Voraussetzungen geknüpft. Die Möglichkeit mancher Verfassungen, mit der gescheiterten Regierungsbildung oder Vertrauensfrage das Parlament aufzulösen, wirkt insbesondere dadurch, dass sie äußerst selten zur Anwendung kommt: Die Option der Auflösung, mit der möglicherweise der Verlust des eigenen Mandats einhergeht, soll die Parlamentarier disziplinieren, durch Parlamentsbeschluss einen Regierungschef hervorzubringen oder zu bestätigen.

Natürlich entspricht eine Minderheitsregierung nicht dem Idealbild einer von einer Parlamentsmehrheit getragenen und ins Amt gewählten Regierung, die in der Wahrnehmung ihrer staatsleitenden, also tatsächlich *regierenden* Funktion, nicht unwesentlich beeinträchtigt ist. Eine Minderheitsregierung kann nicht mittels einer Parlamentsmehrheit „durchregieren“, sondern ist für jedes einzelne Projekt darauf angewiesen, eine Mehrheit zu beschaffen. Dies geht bisweilen mit stärkeren Zugeständnissen an und Kompromissen mit der politischen Opposition einher, als es wohl unter einer Mehrheitsregierung der Fall wäre. Parlamentarischen Systemen wie in Deutschland im Bund und in den Ländern, in denen die Regierung aus dem Parlament hervorgeht, ist es eigen, dass die regierungstragenden (Mehrheits-)Fraktionen im Parlament die Gesetzesvorhaben der Regierung beschließen. Statt Parlament und Regierung stehen sich in Wahrheit somit die regierungstragende parlamentarische Mehrheit und eine (Minderheiten-)Opposition gegenüber.

Das „parlamentarische Vertrauen“ gegenüber der Regierung ist zudem nur im politischen Sinne graduell abgestuft, nicht aber im staatsrechtlichen. Der Regierungschef einer Minderheitsregierung verfügt über die gleichen Kompetenzen wie ein durch die (absolute) Mehrheit des Parlaments gewählter. Er genießt das Vertrauen des aktuellen Parlaments, dass ihm auf Initiative des Parlaments nur durch die Wahl eines anderen Regierungschefs entzogen werden kann. Dass dafür regelmäßig die absolute Mehrheit nötig ist, verdeutlicht die auf Regierungskontinuität und -stabilität angelegte Wertung der Verfassung, ohne dass sie einer gewählten Minderheitsregierung einen niederen Rang oder eine geminderte Legitimation zuwiese. Wenn umgekehrt aber die Verfassung auch eine nur von einer Minderheit des Parlaments ins Amt gewählten Regierung zulässt, ist nicht ersichtlich, warum dies nicht im Fortgang der Legislaturperiode möglich sein soll, wenn der amtierende Ministerpräsident das vom Parlament initial gegebene Vertrauen seinerseits zur Abstimmung stellt. Den Artikel 70 Abs. 3 darauf zu reduzieren, dass der Landtag einen neuen Ministerpräsidenten nur mit absoluter Mehrheit wählen kann, würde schließlich nicht notwendigerweise stabilere politische Verhältnisse hervorbringen: Die bei Verfehlen dieser Mehrheit zwingend durchzuführende Neuwahl würde nicht automatisch zu einer anderen (stabileren) Mandatsverteilung als im bestehenden Parlament führen – schlimmstenfalls könnten sogar demokratiefeindliche Kräfte gestärkt hervorgehen. Hingegen würde die neu durchzuführende Wahl Ressourcen binden und die parlamentarische Arbeit auch vor dem Hintergrund parlamentarischer Diskontinuität beeinträchtigen.

Der Verweis auf andere Landesverfassungen, die für die Wahl eines neuen Ministerpräsidenten nach gescheiterter Vertrauensfrage eine absolute Mehrheit fordern, um die Auflösung und Neuwahl abzuwenden, trägt ebenfalls nicht. Zum einen ist dort anders als in Thüringen die absolute Mehrheit explizit erwähnt. Mit Hamburg, Hessen, dem Saarland und Schleswig-Holstein finden sich darunter auch Verfassungen, die der Thüringer Verfassungsgesetzgeber vor gut dreißig Jahren vor Augen haben musste. Es fehlt mithin schon an der für eine teleologische Reduktion notwendigen Regelungs*lücke*. Zudem folgen Vertrauensfrage und (mögliche) Parlamentsauflösung im Detail für *die jeweilige Verfassung* ganz eigenen Regeln.

Daneben gründet die vorgeschlagene teleologische Reduktion auf einem, zugegeben auch durch das Bundesverfassungsgericht statuierten, negativ konnotierten Bild der Minderheitsregierung, das diese als Ausnahme- oder gar Krisenfall charakterisiert. Gewiss ist die Mehrheitsregierung der staatsrechtliche Idealzustand. Die Minderheitsregierung ist im auf Regierungsbildung angelegten System indes ebenso vorgesehen. Das Verhältniswahlrecht bedingt eine durch Sperrklauseln nur zum Teil eingehegte parteipolitische Diversifizierung des Parlaments, die schlicht dazu führen kann, dass tradierte Koalitionsregierungen keine Mehrheiten mehr erringen. Auch wenn es gubernative Schwierigkeiten mit sich bringen mag, ändert sich im Fall einer Minderheitenregierung die realpolitische Ausprägung des parlamentarischen Systems lediglich dahingehend, dass der aus der Praxis bekannte und gewohnte Dualismus von Parlamentsmehrheit und Parlamentsminderheit in ein Gegenüber von Parlament und Regierung umschlägt. Parlamentarische Gesetzgebung wäre damit wieder ein – gewiss mühseligerer – Prozess der Kompromissfindung zwischen den Parteien über die Regierungskoalition hinweg, aber eben *vom Parlament verhandelte* Kompromisse. Unter Gesichtspunkten der Gewaltenteilung und demokratischen Repräsentation ist dies keine schlechte Vorstellung.

Es bestehen auch keine Friktionen mit dem Selbstauflösungsrecht des Landtags, das ein hohes Quorum von zwei Dritteln kennzeichnet. Nur bei einem breiten Konsens der Parteien wird sich eine entsprechende Mehrheit für die Selbstauflösung finden, deren Zustimmung zumindest auf der Annahme beruht, bei den anstehenden Neuwahlen mindestens genauso gut abzuschneiden wie bei den vorherigen. Drohender Mandatsverlust muss in der Regel zur Verweigerung der Selbstauflösung führen. Ebendieser Verlust von Stimmanteilen wird die Parlamentarier leiten, einer Regierung bei einer gestellten Vertrauensfrage das *grundsätzliche* Vertrauen auszusprechen oder durch eine neue Regierungskoalition zumindest einen neuen Minderheiten-Ministerpräsidenten ins Amt zu heben. Zwar erfragt der Ministerpräsident nach der Wertung des Artikel 74 das von der Mehrheit der Abgeordneten gegebene Vertrauen. Es ist aber nicht ersichtlich, warum in letzter Konsequenz nicht ausreichen soll, das von einer Minderheit ausgesprochene Vertrauen, das bei einem Minderheiten-Regierungschef zur Wahl geführt hat, erneut zu geben.

Haushaltsverhandlungen 2024 und das Spiel mit dem Feuer

Im Ergebnis bedarf es also keiner einschränkenden Auslegung für die Wahl eines Ministerpräsidenten nach verlorener Vertrauensfrage. Dass die politische Wirklichkeit aber bisweilen zu unvorhersehbaren Ergebnissen führen kann, ist spätestens seit der kurzzeitigen Ministerpräsidentschaft von Thomas Kemmerich offensichtlich. Der Freistaat Thüringen erscheint seither als staatsorganisationsrechtliches Reallabor. Sollten die anstehenden Haushaltsverhandlungen scheitern und der amtierende Ministerpräsident den Fortbestand seiner Regierung daran knüpfen, könnte leicht eine kritische Situation entstehen. Denn zunächst würde die Landtagspräsidentin darüber entscheiden, ob ein weiterer Wahlgang notwendig wäre, wenn im ersten die absolute Mehrheit für einen (neuen) Ministerpräsidenten vorhersehbar verfehlt wird. Rechtssicherheit könnte dann, so kürzlich der Präsident des Thüringer Verfassungsgerichtshofs, Klaus von der Weiden, nur durch einen Spruch des zuständigen Gerichts herbeigeführt werden – wenn es denn mit der Sache (ggf. im Eilrechtschutz) befasst wird. Ob man ein solches Wagnis durch ein Scheitern der Haushaltsverhandlungen eingehen möchte, sollten sich alle Beteiligten vor dem Hintergrund der derzeitigen Umfragewerte kritisch fragen.

Sebastian Dette

Fleet In Being

Kann Bodo Ramelow durch die Vertrauensfrage die Verabschiedung des Haushalts 2024 forcieren?

doi: 10.17176/20231208-171330-0

Die Minderheitsregierung von Ministerpräsident Bodo Ramelow steht aktuell vor der Verabschiedung ihres Haushalts für das Wahljahr 2024. Dazu ist sie, wie bei allen von ihr eingebrachten Initiativen auf Stimmen der Opposition angewiesen. Vor diesem Hintergrund stellt sich gegenwärtig die Frage, ob der Ministerpräsident mittels der Vertrauensfrage den Landtag disziplinieren kann.

Ein Minderheitsministerpräsident braucht das Druckmittel des Vertrauensantrags erst recht

Mit dem in Art. 74 Thüringer Verfassung geregelten Vertrauensantrag (synonym Vertrauensfrage) kann der Ministerpräsident nicht nur abstrakt, sondern auch verbunden mit einer Sachabstimmung Druck auf das Parlament auszuüben.[1] Die Regelung ist untrennbar verbunden mit Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. Nach einem erfolglosen Vertrauensantrag kommt es demnach zwingend zu Neuwahlen, sofern der Landtag nicht innerhalb von drei Wochen nach der Beschlussfassung über den Vertrauensantrag einen neuen Ministerpräsidenten gewählt hat. Dadurch wird die Vertrauensfrage zu einem Instrument des Ministerpräsidenten, den Landtag zu disziplinieren.[2] In dieser Rechtsfolge liegt das eigentliche durchaus ernstzunehme Druckmittel des Ministerpräsidenten. Denn der drohende Verlust des Landtagsmandats stellt ein persönlich spürbares Übel dar, das mancher wohl vermeiden möchte. Namentlich das jeden einzelnen Abgeordneten treffende Risiko, dem nächsten Landtag nicht mehr anzugehören, wirkt hier disziplinierend.[3]

Obwohl Bodo Ramelow nicht mit absoluter Mehrheit gewählt wurde, sind ihm ausnahmslos alle zustehenden Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt, die einem Ministerpräsidenten qua Verfassung zustehen.[4] Die Verfassung stellt den Minderheitsministerpräsidenten mit dem durch eine absolute Mehrheit ins Amt gewählten Ministerpräsidenten vollständig gleich. Zudem könnte ein Minderheitsministerpräsident, der ohnehin zu jedem von seiner Regierung initiierten Gesetzentwurf nach Mehrheiten im Landtag suchen muss, sogar eine regierungstragende absolute Mehrheit im Landtag organisieren. Um solche Mehrheiten zu stabilisieren und zu disziplinieren, kann dem Minderheitsministerpräsidenten das Instrument der Vertrauensfrage kaum vorenthalten werden.[5] Im Gegenteil spricht einiges dafür, dass es ihm erst recht zuzugestehen ist, da er stärker als ein mit absoluter Mehrheit ins Amt gewählte Ministerpräsident gegebenenfalls auf dieses Mittel zurückgreifen muss.

Sofern der Landtag dem Ministerpräsidenten mit absoluter Mehrheit sein Vertrauen ausspricht, gibt es keine weiteren Konsequenzen.[6] Dann hätte die Regierung das Ziel der Verabschiedung des Haushalts erreicht. Verweigert die Mehrheit der Abgeordneten dem Ministerpräsidenten hingegen das Vertrauen, ordnet Art. 50 Abs. 2

[1] Linck in: Linck/Jutzi/Hopfe, Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Art. 74 Rn. 2.

[2] Ruffert/Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 74 Rn. 1; Unzutreffend daher: Starck, Die Verfassungen der neuen deutschen Länder, 1994, S. 26.

[3] Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 19.

[4] Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Herzog, GG 95. EL Juli 2021, Art. 63 Rn. 55; Sachs/Brinktrine, GG Art. 63 Rn. 34; Epping, in: Epping/Hillgruber, GG, 2021, Art. 63 Rn. 30; Dreier/Hermes, GG, Art. 63 Rn. 44.

[5] Ruffert/Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 74 Rn. 8; Dietze/Schleicher, Die Wahl eines neuen Ministerpräsidenten nach gescheiterter Vertrauensfrage, ThürVBl. 2022, 278, 279; im Ergebnis offenbar ebenso Arnold/Hyckel, ThürVBL. 2015, 251, 253; vgl. auch Sachs/Brinktrine, GG, Art. 63 Rn. 35; vgl. auch BVerfGE 62, 1, juris-Rn. 107, das von der Zulässigkeit einer Vertrauensfrage des „Minderheitskanzlers" auszugehen scheint, wenn wohl nicht ausschließlich der gemäß Art. Art. 63 Abs. 4 Satz 1 und 3 GG kreierte Kanzler, sondern primär der zum faktischen Minderheitskanzler gewordene Bundeskanzler gemeint sein dürfte (vgl. Dietze/Schleicher, aaO, 279 Fn. 18).

[6] Ruffert/Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 74 Rn. 9.

Satz 1 Nr. 2 an, dass eine vorzeitige Neuwahl des Landtags durchzuführen ist. Diese kann abgewendet werden, indem innerhalb einer dreiwöchigen Frist ein neuer Ministerpräsident gewählt wird. Unterbleibt dies, so hat die vorzeitige Landtagswahl gemäß Art. 50 Abs. 2 Satz 3 Thür Verf innerhalb von 70 Tagen stattzufinden.[7]

In Ermangelung anderer Regeln wird vorgeschlagen, auf Art. 70 Abs. 3 Satz 3 zurückzugreifen.[8] Danach erfolgt die Wahl des Ministerpräsidenten in bis zu drei Wahlgängen.[9] Im dritten – und letzten – Wahlgang erlaubt Art. 70 Abs. 3 Satz 3 das sog. Meiststimmenprinzip.[10] Das bedeutet, dass schon mit einer Ja-Stimme (bzw. einer relativen Mehrheit) ein Nachfolge-Ministerpräsident gewählt werden kann – was wiederum dazu führt, dass der Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und insbesondere das Disziplinierungspotenzial des Vertrauensantrags weitgehend leerläuft. Aufgrund dieser Wertungslage wird vorgeschlagen, Art. 70 Abs. 3 Thüringer Verfassung im Fall einer auf eine gescheiterte Vertrauensfrage folgenden Wahl teleologisch zu reduzieren.[11]

Dagegen argumentiert Böttner, dass es keiner einschränkenden Auslegung des Wortlauts bedürfe. Wenn die Verfassung zu Anfang der Wahlperiode eine Minderheitsregierung zulasse, müsse das auch im Laufe der Legislaturperiode möglich sein. Die Mehrheitsregierung sei zwar der staatsrechtliche Idealzustand, die Minderheitsregierung jedoch ebenso vorgesehen.

> „Die bei Verfehlen dieser Mehrheit zwingend durchzuführende Neuwahl würde nicht automatisch zu einer anderen (stabileren) Mandatsverteilung als im bestehenden Parlament führen – schlimmstenfalls könnten sogar demokratiefeindliche Kräfte gestärkt hervorgehen."

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Die erste Ministerpräsidentenwahl nach Konstituierung des neuen Landtags nach Art. 70 Abs. 3 Satz 3 ist eine *lex specialis* nur für diesen einen Fall. Gerade im Fall des Art. 50 Abs. 2 Nr. 2 ist die Lage völlig anders. Hier soll eine Situation gelöst werden, in der die bestehende Regierung offensichtlich gescheitert ist. Da drängt es sich auf, die Entscheidung wieder an den in Art. 45 ausdrücklich benannten Sovereign, das Volk, zurückzugeben. Das Volk hätte dann erneut die Möglichkeit, wie in Art. 45 ausdrücklich statuiert, seinen Willen zu verwirklichen. Die Prognose für den Ausgang einer solchen Neuwahl dürfte den Ministerpräsidenten und jeden einzelnen Abgeordneten bei seiner jeweils zu treffenden Entscheidung maßgeblich beeinflussen. Für die neutrale Auslegung der Verfassung ist der aktuell zu erwartende Wahlausgang dagegen nicht von Belang.

Das Meiststimmenprinzip widerspricht der Logik des Art. 50 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ThürVerf

Der klare Zweck des Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Stabilität herzustellen, kommt auch an anderen Stellen der Verfassung zum Ausdruck: Auch Art. 70 Abs. 3 Satz 1, Art. 73 und Art. 74 lassen erkennen, dass die Landesregierung über ein Höchstmaß an parlamentarischer Legitimation verfügen sollte.[12] Die Abwahl des amtierenden und die Wahl eines neuen Ministerpräsidenten durch ein konstruktives Misstrauensvotum nach Art. 73 kann lediglich mit absoluter Mehrheit erfolgen.[13] Die positive Entscheidung bei der Vertrauensfrage selbst erfordert gemäß Art. 74 Satz 2 die absolute Mehrheit. Wird diese verfehlt, also die Bestätigung des Rückhalts verweigert, wird das Amt sämtlicher Regierungsmitglieder gemäß Art. 75 Abs. 2 Satz 1 ohne Weiteres beendet.[14] Für

[7] Dietze/Schleicher, aaO, 279; Ruffert/Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 74 Rn. 9; Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 19ff.

[8] Dafür u.a. Böttner.

[9] Vgl. dazu ausführlich Leisner-Egensperger in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 70 Rn. 14ff.

[10] Ruffert, in Linck et al., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, Art. 70 Rn. 14.

[11] Vgl. Dietze/Schleicher, Die Wahl eines neuen Ministerpräsidenten nach gescheiterter Vertrauensfrage, ThürVBl. 2022, 277, 280.

[12] Dietze/Schleicher, aaO, 280; Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 26.

[13] Ruffert/Böttner in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 73 Rn. 8.

[14] Dietze/Schleicher, aaO, 280.

[15] Dazu Isensee/Kirchhof, Hdb-StaatsR III/Schröder, § 64 Rn. 4.

eine nicht mehrheitsfähige Regierung ist die Wahrnehmung ihrer staatsleitenden Funktion[15] außerordentlich erschwert.[16] Minderheitsregierungen müssen sich gegen eine Mehrheit behaupten.[17] Sie sind auf die Kooperationsbereitschaft der Opposition angewiesen[18] und müssen die zur Realisierung ihrer Vorhaben erforderlichen Mehrheiten von Fall zu Fall aufs Neue organisieren.[19] Deswegen bezwecken das Grundgesetz und alle Landesverfassungen, eine mehrheits- und damit handlungsfähige Exekutive zu bilden und Minderheitsregierungen weitmöglichst zu vermeiden.[20] Das gilt zunächst für die erstmalige Kreation der Regierung im „primären Wahlmodus".[21] Dass dennoch überhaupt eine Minderheitsregierung im dritten Wahlgang ermöglicht wird, ist letztlich das kleinere Übel gegenüber einer Staatsleitung, die als bloße Interimsregierung auf keinerlei Stütze des aktuellen Parlaments beruht.[22] Durch diese absolute Ausnahme von dem grundsätzlich geltenden Erfordernis einer absoluten Mehrheit soll erreicht werden, dass schnellstmöglich die frühere lediglich geschäftsführenden Regierung abgelöst wird. Da diese so kreierte Minderheitsregierung durch den aktuellen Landtag ins Amt kommt, ist ihre Legitimation höher als die einer bloß geschäftsführenden.[23] Umso mehr wird deutlich, dass die zur Bewältigung von Regierungskrisen geschaffenen Werkzeuge gemäß ihrem durch die Verfassung verfolgten Zweck auf eine größtmögliche Stabilität und Handlungsfähigkeit der Landesregierung ausgerichtet sind.[24] Dazu ist allerdings wie beim konstruktiven Misstrauensvotum nach Art. 73 eine absolute Mehrheit notwendig.[25]

Mit dem bloßen Meiststimmenprinzip kann die prekäre Lage nicht beendet werden. Die innere Logik und Zielsetzung des Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 würde regelrecht *ad absurdum* geführt, könnte auf eine Minderheitsregierung die nächste folgen.[26]

Dieser Gedanke wird durch einen Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 63, Art. 67 und Art. 68 GG unterstützt, das wörtlich ausführt:

> „Das Grundgesetz erstrebt mit Art. 63, Art. 67 und Art. 68 eine handlungsfähige Regierung. Handlungsfähigkeit bedeutet nicht nur, dass der Bundeskanzler mit politischem Gestaltungswillen die Richtlinien der Politik bestimmt und dafür die Verantwortung trägt (Art. 65 Satz 1 GG), sondern hierfür auch eine Mehrheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages hinter sich weiß […]." (BVerfGE 114, 121 (149).)

Noch deutlicher wird der Wertungswiderspruch, wenn derselbe gescheiterte Ministerpräsident mit relativer Mehrheit erneut gewählt werden könnte. Dass in Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 von einem „neuen" und nicht wie in Art. 68 Abs. 1 Satz 2 GG die Rede von einem „anderen", Regierungschef ist, spricht für die Zulässigkeit der erneuten Wahl des mit der Vertrauensfrage gescheiterten Ministerpräsidenten. Außerdem wäre es nicht sinnvoll, dem zwar zunächst gescheiterten Ministerpräsidenten die Wählbarkeit zu verwehren, wenn es ihm innerhalb der dreiwöchigen Frist gelänge, eine absolute Mehrheit

[16] Krings ZPR 2018, 2 (4); Dürig/Herzog/Scholz/Herzog, GG, 95. EL (2021), Art. 63, Rn. 56: „Da es heute als ausgemacht gilt, dass man ohne den direkten und vor allem verlässlichen Zugriff auf die Gesetzgebung auch nicht regieren könne, sind die Erfolgschancen, die einer Minderheitsregierung zugebilligt werden, im Allgemeinen recht gering.".

[17] Vgl. Busse, Regierungsbildung und Regierungswechsel nach niedersächsischem Verfassungsrecht, 1992, S. 77.

[18] Krings ZRP 2018, 2 (4).

[19] Vgl. Busse, Regierungsbildung und Regierungswechsel nach niedersächsischem Verfassungsrecht, 1992, S. 77.

[20] Vgl. Isensee/Kirchhof, Hdb-StaatsR III/Schröder, § 65 Rn. 35; Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, ParlamentsR/Roßner, § 41 Rn. 54.

[21] Morlok/Kalb, ThürVBl. 2015, 153 (157).

[22] Dietze/Schleicher, aaO, 280.

[23] Vgl. zu diesem Zweck des Meiststimmenprinzips Leisner-Egensperger in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 70 Rn. 14aff; vgl. hierzu auch Morlok/Kalb ThürVBl 2015, 153, 156 ff. m.w.N.

[24] Vgl. Isensee/Kirchhof, Hdb-StaatsR III/Schröder, § 65 Rn. 35; Dreier/Hermes, GG, Art. 67 Rn. 6, 8.

[25] David, VerfHmb, Art. 36 Rn. 25; Becker/Brüning/Ewer/Schliesky/Schulz, VerfSchlH, Art. 43 Rn. 20; Caspar/Ewer/Nolte/Nolte: Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Bd. 2, Art. 36 Rn. 13; vgl. Classen/Litten/Wallerath/Classen, Art. 51 Rn. 7, wo die Abwendungsmöglichkeit gar explizit mit „konstruktives Misstrauensvotum" überschrieben ist.

[26] So einleuchtend Dietze/Schleicher, aaO, 280; Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 25; Dressel in: Dressel/Poschmann (Hrsg.), Kommentar zur Thüringer Verfassung, Artikel 50 Rn. 31.

der Abgeordneten hinter sich zu vereinen. Das Ziel des Art. 50 Abs. 2 Nr. 2, für stabile Verhältnisse zu sorgen, wäre ja dann erreicht.[27]

Schließlich spricht gegen eine Anwendung des Meiststimmenprinzips für die Ministerpräsidentenwahl nach Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, dass dadurch der Sinn der durch den Auflösungsmechanismus erreichten „Disziplinierung" der Abgeordneten konterkariert würde. Das „Drohpotenzial" des Mandatsverlusts wäre „marginalisiert", wenn der Verlust des Mandats auch durch die Wahl eines Ministerpräsidenten ohne eine absolute Mehrheit abgewendet werden könnte.[28]

Die demnach lediglich mit absoluter Mehrheit die Landtagsauflösung verhindernde Wahl hat geheim und ohne Aussprache zu erfolgen.[29] Dafür spricht zudem ein *argumentum e contrario* aus Art. 50 Abs. 2 Satz 1, wonach über den Antrag nach Nummer 1 offen abgestimmt werden muss. Innerhalb des Zeitfensters des Art. 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 können beliebig viele Wahlversuche durchgeführt werden.[30]

In den nächsten Tagen entscheidet sich, ob der Landtag den Haushalt 2024, wie in Artikel 99 Abs. 1 Satz 1 vorgeschrieben, rechtzeitig verabschiedet. Wie dargestellt kann der Ministerpräsident mit der Vertrauensfrage Druck auf den Landtag ausüben. Dabei wirkt diese Möglichkeit bereits dadurch, dass er sie potenziell einsetzen kann, wie eine „fleet in beeing".

[27] Vgl. Reich, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, 2. Aufl. 2004, Art. 73 Rn. 4; Dietze/Schleicher, aaO, 281.

[28] Dietze/Schleicher, aaO, 281; Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 26.

[29] Dietze/Schleicher, aaO, 283 f.

[30] Dette in: Brenner et al. (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Thüringen, 2. Aufl. 2023, Art. 50 Rn. 26; Dietze/Schleicher, aaO, 283.

Jonas Deyda

Weaponized Neutrality

Wie der Sächsische Rechnungshof versucht, die Zivilgesellschaft an die Kandare zu nehmen

doi: 10.17176/20231215-111141-0

Mit einem umfangreichen Sonderbericht hat der Sächsische Rechnungshof kürzlich die finanzielle Förderung der Zivilgesellschaft durch das Sächsische Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt auf den Prüfstand gestellt. Der Rechnungshof bemängelt nicht nur ein fehlendes rechtsstaatliches Verwaltungshandeln und „Anhaltspunkte für Interessenkollision und Befangenheitstatbestände“ (S. 11 f.), sondern auch die fehlende politische Neutralität der geförderten Projekte (S. 111 ff.). Maren Düsberg, die Sprecherin des zivilgesellschaftlichen „Netzwerk Tolerantes Sachsen“ weist den Bericht deswegen sogar als „Angriff auf die Autonomie der Trägerlandschaft“ zurück, der bisher nur aus „autoritären Systemen“ bekannt sei.

Das staatliche Neutralitätsprinzip aus Art. 21 I GG, Art. 3 I GG, Art. 20 I, II GG und Art. 38 I S. 1 GG schützt eigentlich einen staatsfreien politischen Prozess, in dem sich „die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen hin vollzieht, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin“. So hat es das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung über die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung von 1977 formuliert. Auch staatliche Förderprogramme dürfen deswegen den politischen Wettbewerb nicht verzerren, indem sie zu verdecktem Wahlkampf oder Oppositionsbekämpfung missbraucht werden. Tatsächlich ist der Sonderbericht aber ein weiterer Erfolgsschritt einer langjährigen Strategie der AfD, genau dieses staatliche Neutralitätsprinzip als Waffe zur Einschüchterung einer demokratischen Zivilgesellschaft zu instrumentalisieren.

Längerer Konflikt zwischen Rechnungshof und Sozialministerium

Gegenstand der Prüfung war das Förderprogramm „Integrative Maßnahmen“, mit dem das Sozialministerium seit dem Sommer der Migration 2015 jährlich zwischen 9 und 15 Millionen Euro an zivilgesellschaftliche Träger ausschüttete (S. 26), um die „gleichberechtigte Partizipation von Personen mit Migrationshintergrund in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens“ zu fördern (A. I. 3. Richtlinie Integrative Maßnahmen 2020 aF.). Neben dem Programm „Weltoffenes Sachsen für Demokratie und Toleranz“ ist das eine der wichtigsten finanziellen Grundlagen der sächsischen Zivilgesellschaft. Anfang 2023 prüfte der Rechnungshof das Programm, was zu einer dreimonatigen Förderpause führte, da die Sächsische Aufbaubank als zuständige Bewilligungsstelle keine Förderbescheide erließ. Höhepunkt des Konflikts war der Korruptionsvorwurf gegen den zuständigen Staatssekretär im Sozialministerium Sebastian Vogel, der mit der Geschäftsführerin des Netzwerks Courage liiert war und selbst ehemaliger Vorsitzender eines geförderten Vereins war. Die persönlichen Vorwürfe erwiesen sich jedoch als haltlos. Auch die Generalstaatsanwaltschaft sah keinen strafrechtlichen Anfangsverdacht. Wegen Verstößen gegen das Mitwirkungsverbot musste Vogel allerdings im Sommer 2023 dennoch seinen Posten räumen. Sozialministerin Petra Köpping räumte im Landtag aber ein, dass der Vollzug der Förderrichtlinie nicht immer rechtmäßig war. Das Kabinett verabschiedete daraufhin im November 2023 eine neue Förderrichtlinie, die die Zuwendungsempfänger:innen „im Hinblick auf die geförderten Maßnahmen zur parteipolitischen Neutralität verpflichtet“ (RL Integrative Maßnahmen Teil 1 III 5) Der Rechnungshof veröffentlichte nun im Dezember 2023 seinen Sonderbericht mit einem vernichtenden Urteil über die gesamte Förderpraxis und auch die neue Richtlinie (S. 25).

Der Rechnungshof prangert Regierungskritik und fehlende Neutralität an

In dem Bericht versucht der Rechnungshof auch die staatlich geförderte Zivilgesellschaft an die Kandare zu nehmen, indem er sich Regierungskritik verbietet und politische Neutralität einfordert. So kritisiert der Rechnungshof, dass die geförderten Vereine sich als „Lobby- und

Interessenverbände“ verstünden, die „aktiv und bewusst auf die Politik und ihre Akteure Einfluss nehmen wollen“ (S. 111). Die Zivilgesellschaft organisiere sich mit Kampagnen und Positionspapieren gegen Positionen des Sächsischen Innenministeriums, des Ministerpräsidenten und Entscheidungen der Landkreise – teilweise mit finanzieller und ideeller Unterstützung aus anderen Parteien oder parteinahen Stiftungen (S. 111). Dass auf einer geförderten jährlichen Asylkonferenz über die „momentane sächsische Abschiebepraxis“, die Verantwortung der Regierung für die „katastrophalen Zustände in den Herkunftsländern“ sowie „Strategien für das Wahljahr 2019“ und den „Umgang mit rechtspopulistischen Akteuren“ beraten wurde, führt der Rechnungshof als Neutralitätsverstöße an (S. 117). Auf einem anderen staatlich geförderten Workshop sei über „Regression in Lagern“ und „pauschal Behördenwillkür im Asylverfahren“ gesprochen worden. Auch dabei könne es sich nach Meinung des Rechnungshofs nicht mehr um politische Bildung handeln (S. 117). Ein Großteil dieser Passagen prangert im Grunde Regierungskritik an und zeigt damit, welche Blüten das Neutralitätsdenken hier getrieben hat. Denn es ist der Rechnungshof selbst, der so im Gleichlauf mit dem Geldfluss eine Willensbildung von den Staatsorganen zum Volk hin durchsetzen will. Dass die Landesregierung hier wohl ihre eigenen Kritiker:innen mitfinanziert hat, stellt vieles, aber keinen Neutralitätsverstoß dar. Schließlich schützt das Neutralitätsgebot den potenziellen Zugang der Opposition zur Regierungsmacht, aber sicherlich nicht Regierung und Verwaltung vor Kritik aus der Zivilgesellschaft.

Verfassungsrechtlich ist es schon etwas heikler, wenn geförderte Projektträger gegen rechte Oppositionsparteien wie die AfD agieren. Im Sonderbericht finden sich hier neben dem andeutungsvollen „Umgang mit rechtspopulistischen Akteuren“ aber nur allgemeine Anschuldigungen ohne Beispiele. Der Rechnungshof mahnt an, dass sich ein Teil der Zuwendungsempfänger:innen „direkt und indirekt in der Öffentlichkeit gegen einzelne Parteien und politische Strömungen/ Positionen, nahezu ausschließlich aus dem rechten und konservativen Spektrum“ positioniere (S. 111). Der Rechnungshof geht davon aus, dass für geförderte Vereine im Endeffekt dieselben Maßstäbe gelten wie für staatliche Organe und bezieht sich dafür auf den Parlamentarischen Beratungsdienst Brandenburg: „Es muss gewährleistet sein, dass unterstützte Organisationen in ihren Aktivitäten nicht gegen Parteien Stellung beziehen. Bei Vereinen und Initiativen, die sich nicht neutral verhalten, ist der Staat gehalten, dafür zu sorgen, dass in Zukunft die Neutralität gewahrt bleibt.“

Die rechtspolitische Saat der AfD geht auf

Dass der Sächsische Rechnungshof nun so auf die politische Neutralität der geförderten Zivilgesellschaft pocht, ist auch eine Frucht langjähriger rechtspolitischer Bemühungen der AfD, das Neutralitätsprinzip gegen missliebige Akteure scharfzustellen. Der Bezug der AfD auf das Neutralitätsprinzip ist keineswegs nur instrumentell. So beschwört Maximilian Krah, der Rechtsaußen-Spitzenkandidat für die Europawahl etwa in Anlehnung an Carl Schmitt ein germanisches Staatsverständnis, in dem der Staat neutral über den politischen Dingen schwebt. Die AfD betreibt schon seit einigen Jahren eine erfolgreiche strategische Prozessführung von rechts, um mit Organstreitverfahren gegen amtliche Neutralitätsverstöße von Regierungsmitgliedern (BVerfG: Wanka, Seehofer, Merkel) das Bild einer Regierung des Rechtsbruchs zu zeichnen (Middelhof/Sehl; Pichl). Sie knüpft damit an den Rechtsbruchmythos um die nicht erfolgte Grenzschließung von 2015 an (Thym, Schmalz).

Die umstrittene Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts zu amtlichen Äußerungen statuiert eine strikte Neutralitätspflicht, sobald staatliche Ressourcen oder die Autorität des Amtes genutzt werden und führt damit im Endeffekt zu einer Entpolitisierung der Regierung (Überblick bei Michl). Die Neutralitätsanforderung an staatliche Förderprogramme sind bisher noch nicht ausjudiziert. Ein guter Teil des bisherigen Rechtsdiskurses stellen deswegen zwar unter anderem von der AfD angestoßene, aber unabhängige Gutachten der wissenschaftlichen Dienste der Landesparlamente und des Bundestages dar (Brandenburg, Berlin, Bundestag I u. II). Die Gutachten übertragen in unterschiedlichen Schattierungen die strikten Neutralitätsmaßstäbe für amtliche Äußerungen auf finanzielle Förderung der Zivilgesellschaft. Auf diese Gutachten stützt sich auch der Rechnungshof. Hinzu kommt eine wahre Flut von parlamentarischen Anfragen, die die AfD stellt (z.B. Sachsen-Anhalt zu Miteinander e.V). Allein für den Bereich der außerschulischen politischen Jugendbildungsarbeit wertet eine Studie von Jana Sämann 75 Anfragen der AfD aus den Landesparlamenten zwischen 2016 und 2020 aus, mit denen Förderstrukturen durchleuchtet und Bildungsträger mit

dem Vorwurf fehlender Neutralität eingeschüchtert werden sollen. Auch kulturpolitisch versucht die AfD unter dem Schlagwort der Neutralität ein Programm zu verharmlosen, das die Renationalisierung der Kulturförderung anstrebt (Wolf). Gegen Lehrer:innen hat die AfD eine Zeit lang ein Meldeportal „Neutrale Schule" betrieben, das vom Landesdatenschutzbeauftragten Mecklenburg-Vorpommern verboten wurde.

Die Art und Weise, wie nun der Sächsische Rechnungshof das Förderprogramm „Integrative Maßnahmen" geprüft hat und den Vereinen mit einer Auflistung einzelner politischer Äußerungen auf den Leib rückt, zeigt, wie sich diese Einschüchterungsmethode etablieren konnte. Überall dort, wo AfD-Vertreter:innen in förderrelevanten Beiräten und Ausschüssen sitzen oder sitzen werden, können sie sich nun auch auf die Autorität des Sächsischen Rechnungshofes stützen. Jüngst haben 19 Sozialverbände und Träger der staatlich finanzierten freien Wohlfahrtspflege ein wichtiges Signal gegen Höckes Forderung gesetzt, die Inklusion von Menschen mit Behinderung zu beenden. Gerade in den Bundesländern, in denen die Brandmauer am Einstürzen ist – allen voran Thüringen –, braucht die Zivilgesellschaft Rückendeckung und Äußerungsautonomie gegen solche Angriffe auf die Menschenrechte. Der Sonderbericht des Rechnungshofes leistet Schützenhilfe, diese Autonomie abzuschnüren.

Von Voraussetzungen, die der freiheitliche Staat nicht garantieren kann

Die faktische Abwälzung staatlicher Neutralitätspflichten auf freie Träger und Vereine über die Förderbescheide, die dem Rechnungshof vorschwebt, stößt jedoch auf gravierende verfassungsrechtliche Probleme. Zunächst ist klar, dass die Zuwendungsempfänger:innen von politischen Parteien organisatorisch, finanziell und ideell unabhängig sein müssen, damit keine verdeckte Parteienfinanzierung erfolgt. Auch darf der Staat Private nicht für die Bekämpfung der AfD fördern. Diese Neutralitätspflichten des Staates erwachsen daraus, dass er Grundrechtsadressat ist. Die geförderten Vereine bleiben trotz staatlicher Förderung selbst Grundrechtsträger:innen (Hufen). Als solche behalten sie einen auf Art. 5 I GG gestützten Äußerungsspielraum.

Obendrein gelten die Neutralitätspflichten selbst für den Staat nicht absolut. In der Entscheidung zum Verfassungsschutzbericht von 1975 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Staat unterhalb der Schwelle des Parteiverbots nach Art. 21 II GG sozusagen als Minusmaßnahme die Möglichkeit hat, verfassungswidrige Parteien „durch eine mit Argumenten geführte politische Auseinandersetzung in die Schranken verweisen zu lassen und dadurch ein Verbotsverfahren überflüssig zu machen". Für den Verfassungsschutzbericht gelte ein Nachvollziehbarkeits- und kein Neutralitätsmaßstab: „Danach wäre es der Regierung untersagt, eine nicht verbotene politische Partei in der Öffentlichkeit nachhaltig verfassungswidriger Zielsetzung und Betätigung zu verdächtigen, wenn diese Maßnahme bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich wäre und sich daher der Schluß aufdrängte, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruhte." Auch wenn sich der Schutzbereich des Rechts der Parteien auf Chancengleichheit seit 1975 nicht zuletzt durch die Prozessführung der AfD drastisch verschoben hat, wäre es auch heute geradezu absurd, wenn die geförderten Grundrechtsträger:innen in ein engeres Äußerungskorsett gelegt würden als der Staat selbst. Die Möglichkeit zur sachlich fundierten Auseinandersetzung in der Bildungsarbeit, aber auch in öffentlichen Stellungnahmen mit rassistischen und verfassungswidrigen Positionen auch von Parteien kann deswegen durch staatliche Förderung nicht verschlossen werden (zur außerschulischen Bildungsarbeit: Cremer).

Wenn sich der Freistaat Sachsen gesellschaftlicher Akteure bedient, um die „Integration und gleichberechtigte Partizipation von Menschen mit Einwanderungsgeschichte" zu stärken, greift er auch auf diese Akteure zurück, weil er gesellschaftliche Bindungskräfte stärken möchte, die er nicht staatlich anordnen kann. Partizipation in allen Bereichen ist dabei notwendigerweise auch eine politische Aufgabe. Es handelt sich damit um ein Paradebeispiel für das Böckenförde-Diktum über den freiheitlichen Staat, der von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann (Mangold). Das Sozialministerium greift auf das Engagement, die Solidarität und die Kompetenzen gesellschaftlicher Kräfte zurück – das muss den Preis haben, dass diese auch eigenständige, gesellschaftliche Kräfte bleiben und nicht zu neutralisierten Quasi-Amtsträger:innen werden. Eine Anwendung des Neutralitätsprinzips, wie sie der Rechnungshof praktiziert, nimmt dem demokratischen Prozess die Offenheit, die das Neutralitätsprinzip gerade

schützen soll. Vielleicht müsste eine Abwandlung des Böckenförde-Diktums deswegen lauten: Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen, denen er nicht seine eigenen Maßstäbe überstülpen kann.

Anm. d. Red. (15.12.23): Unter der Zwischenüberschrift "Längerer Konflikt zwischen Rechnungshof und Sozialministerium" wurde ein Satz hinzugefügt, dass die persönlichen Vorwürfe gegen Vogel haltlos waren.

Andreas Nitschke

Thüringer Tendenzen nach der Causa Sesselmann

Zur Prüfung der Gewähr, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten

doi: 10.17176/20231219-111124-0

Im Juni 2024 stehen in acht Bundesländern Kommunalwahlen an, die viele Personen in kommunale Ämter spülen dürften, deren Verfassungstreue zweifelhaft ist. Der Umgang damit stellt eine wehrhafte Verfassungsordnung vor größte Herausforderungen. Das Thüringer Innenministerium adressiert diese Schwierigkeiten nun auch in einem Handlungsleitfaden, den es Anfang November an das Landesverwaltungsamt und die zuständigen Wahlausschüsse verschickt hat und der die Prüfkriterien der Rechtsprechung aufbereitet. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob nicht nur für das Beamtenrecht mit der „Causa Sesselmann" ein problematischer Präzedenzfall geschaffen worden ist.

Im Juni wurde Robert Sesselmann zum Landrat des thüringischen Landkreises Sonneberg gewählt (auf dem Verfassungsblog außerdem besprochen von Kutting, Schulz und Brenner). Kurz danach kündigte das Landesverwaltungsamt Thüringen an, Sesselmanns Eignung wegen seiner Mitgliedschaft in dem vom Verfassungsschutz als „erwiesen rechtsextremistisch" eingestuften AfD-Landesverband zu überprüfen. Nur eine Woche nach Amtsantritt verkündete das Amt, es würden „derzeit keine konkreten Umstände gesehen, die von hinreichendem Gewicht und objektiv geeignet sind, eine ernsthafte Besorgnis an dessen künftiger Erfüllung der Verfassungstreuepflicht auszulösen". Unter anderem auf eben dieses Prüfungsergebnis berief sich einige Wochen später das VG Gera im Rahmen einer waffenrechtlichen Entscheidung, um seine Auffassung zu begründen, dass das vom Landesamt für Verfassungsschutz gesammelte und ausgewertete Material nicht ausreiche, um die Einstufung des thüringischen AfD-Landesverbandes als verfassungsfeindlich zu rechtfertigen.

Die Gewähr, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten

Sämtliche Beamt:innen – auch Landrät:innen und Bürgermeister:innen als sogenannte kommunale Wahlbeamte – trifft die sogenannte Verfassungstreuepflicht/politische Treuepflicht. Danach haben sie sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung (fdG) im Sinne des GG zu bekennen und dafür einzutreten (§ 60 Abs. 1 S. 3 BBG, § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG). Damit aber Personen, bei denen dies nicht der Fall ist, gar nicht erst in den Staatsdienst gelangen, wird bereits vor Begründung eines Beamtenverhältnisses die Verfassungstreue der Bewerber:innen geprüft. In das Beamtenverhältnis darf daher nur berufen werden, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die fdG einzutreten (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG bzw. BeamtStG). In Thüringen ist diese Gewähr auch als kommunalwahlrechtliche Wählbarkeitsvoraussetzung normiert, vgl. § 24 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 2 S. 1 ThürKWG.

Die Prüfung des Gewährbietens hat stets den konkreten Einzelfall im Auge, gründet sich daher auf eine Vielzahl von Bewertungselementen und erfordert am Ende denklogisch eine Prognoseentscheidung.[1] Sie kann einzelfallabhängig entweder umfangreich oder eher knapp ausfallen. Anerkannt ist dabei, dass bereits berechtigte Zweifel am Gewährbieten einer Verbeamtung entgegenstehen können. Vor diesem Hintergrund hat sich eine umfangreiche Rechtsprechung bezüglich der Kriterien gebildet, die das Gewährbieten potenziell in Zweifel ziehen, z.B. Motive von Tätowierungen oder mit der fdG nicht in Einklang zu bringende Verhaltensweisen in den sozialen Medien oder Chatgruppen.

Wie ist in diesem Zusammenhang die Mitgliedschaft in einer politischen Partei zu gewichten, die zwar

[1] Statt vieler Battis, in: Battis, BBG, 6. Auflage 2022, § 7, Rn. 1 ff. m.w.N.; Baßlsperger, PersV 2019, S. 204 ff.; in Bezug auf kommunale Wahlbeamte zuletzt Masuch, NVwZ 2023, S. 1694 ff. m.w.N.

nicht vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig verboten, aber aus der Sicht von Behörden und Verwaltungsgerichten als verfassungsfeindlich einzustufen ist? Wenngleich bezüglich dieser Frage in den Details vieles umstritten ist, haben sich doch insbesondere seit den 1980er Jahren folgende Grundsätze herauskristallisiert: Die bloße Mitgliedschaft in einer als verfassungsfeindlich angesehenen Partei stellt für sich gesehen zwar noch keinen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar, wird aber diesbezüglich als ein zu berücksichtigendes Indiz von nicht geringem Gewicht angesehen, das auch (und gerade) im Rahmen der Prüfung des Gewährbietens relevant sein kann. Über die reine Parteimitgliedschaft hinausgehende Aktivitäten, wie insbesondere die Übernahme von Parteiämtern oder das Kandidieren bei Wahlen, können nach herrschender Ansicht allerdings einzelfallabhängig einen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht darstellen.[2] Sie vermögen demnach auch – gewissermaßen sogar erst recht – das „Gewährbieten" in Frage zu stellen, da diesbezüglich die Schwelle im Vergleich zur Dienstpflichtverletzung niedriger ist.[3]

Die „Causa Sesselmann" als Anlass zum Überdenken der bisher herrschenden Ansicht?

Vor diesem Hintergrund hätte im Fall Sesselmann manches dafürgesprochen, Zweifel am Gewährbieten anzunehmen. Denn Sesselmann kandidierte bei einer Wahl für die thüringische AfD und befindet sich (damals wie heute) als Beisitzer im Vorstand des thüringischen AfD-Landesverbands, hat also ein durchaus relevantes Parteiamt inne. Damit hat er sich, wie es in der Rechtsprechung heißt, „für eine verfassungsfeindliche Organisation engagiert und für die Öffentlichkeit seine Unterstützung sowie sein Bekenntnis zu dieser Organisation und deren Ziele sichtbar" gemacht. Die unter der fragwürdigen Formel „Demokratie-Check" bekannt gewordene Prüfung des Landesverwaltungsamtes bestand Sesselmann gleichwohl. Gibt die „Causa Sesselmann" als Präzedenzfall also Anlass dazu, die bisherigen Grundsätze infrage zu stellen?

Das VG Gera scheint das Prüfungsergebnis des Landesverwaltungsamts so zu werten, dass der thüringische Landesverband der AfD – entgegen der Einschätzung des Landesverfassungsschutzes – gar nicht als erwiesen extremistisch einstufen ist. Denn das Gericht kommt in seinem Beschluss über die waffenrechtliche Zuverlässigkeit eines AfD-Mitglieds zu dem Befund, dass die Ausführungen des Verfassungsschutzes nicht den „erforderlichen Grad an Erkenntnisgewissheit" dafür liefern würden, den AfD-Landesverband Thüringen als verfassungsfeindlich einzustufen. Zur Begründung dieser Auffassung nimmt es auch[4] Bezug auf das Landesverwaltungsamt und führt aus, dass dessen Ergebnis

> „zur bejahten Verfassungstreue des neu gewählten Landrats des Landkreises Sonneberg […], der bereits vor seinem Amtsantritt hochrangiger Funktions- bzw. Mandatsträger des AfD-LVTh gewesen ist, gegen die Annahme spricht, es existiere in diesem Landesverband nur eine einzige, alle anderen dominierende politische Grundausrichtung."

Diese Interpretation des Prüfungsergebnisses durch das VG Gera erscheint allerdings fragwürdig, deuten die auf das Ergebnis des Verfassungsschutzes sogar bezugnehmenden Ausführungen des Landesverwaltungsamts doch eher an, dass es die Einstufung der AfD in Thüringen durch den Verfassungsschutz dem Grunde nach teilt. Konkret in Bezug auf Sesselmann geht es davon aus, dass er nicht zum verfassungsfeindlichen Spektrum des Landesverbands zählt, so dass deswegen das Gewährbieten zu bejahen sei. Denn nach den Ausführungen des Amtes war im konkreten Einzelfall lediglich zu überprüfen gewesen, ob Sesselmann „zu dieser Gruppe der AfD-Mitglieder gehört", was verneint wurde. Mit „dieser Gruppe" dürften Personen gemeint sein, die rechtsextremistische Bestrebungen verfolgen, den Landesverband so-

[2] Für Weiß, in Fürst, GKÖD, Teil 3, Band II, Disziplinarrecht, Besonderer Teil J 700, Lfg. 1/22, Rn. 73 m.w.N. ist es „höchstrichterlich geklärt", dass das Unterstützen verfassungsfeindlicher Organisationziele durch „herausragendes Eintreten"für sie, insbesondere durch das Kandidieren bei Wahlen oder die Übernahme von Funktionärsposten in der Partei, eigenes objektiv verfassungsfeindliches Verhalten darstelle.

[3] Vgl. VG Greifswald, Urteil vom 24.4.2023, 11 A 1043/22, BeckRS 2023, 9864, Rn. 57 m.w.N.; ausführlich dazu und mit weiteren Nachweisen auf die umfangreiche Rechtsprechung Nitschke, PersV 2023, S. 412 ff.

[4] Die weiteren Argumente des Gerichts zur Begründung seines Ergebnisses dürften sich zumindest nicht ohne weiteres abtun lassen und namentlich eingedenk möglicher künftiger Schritte eine tiefergehende Analyse erfordern, vgl. dazu Der Spiegel, Nr. 46, 11.11.2023, S. 18.

wie dessen grundlegende politische Ausrichtung prägen und daher die Verfassungsfeindlichkeit des thüringischen Landesverbands der AfD begründen. Unabhängig von der Frage, ob diese Art und Weise der Prüfung des Gewährbietens durch das Amt überzeugt (dazu sogleich), erscheint es jedenfalls als zu weitgehend, aus dem Ergebnis, dass ein Parteimitglied nicht zu dem die Grundausrichtung der Partei prägenden Personenkreis zählt, die fehlende Verfassungsfeindlichkeit eben dieser Partei abzuleiten.

Das Prüfungsergebnis des Amtes könnte jedoch auch als Fingerzeig zu verstehen sein, die bisher vorherrschende Ansicht bezüglich der Prüfung des Gewährbietens im Falle aktiver Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Parteien zu überdenken. Denn das Amt berücksichtigte (soweit ersichtlich) gerade nicht, dass bzw. inwiefern sich Sesselmann durch die Kandidatur und Übernahme wichtiger Parteiämter in der Öffentlichkeit für die thüringische AfD und ihre Ziele einsetzte, sondern prüfte offenbar lediglich oder zumindest in allererster Linie, ob er zu dem die Grundausrichtung der Partei prägenden extremistischen Personenkreis zu zählen ist.

Es dürften aber diverse Gründe dagegensprechen, dass sich aus dem Ergebnis des Amtes grundlegenden Änderungen für die bisher vorherrschende Prüfung des Gewährbietens jedenfalls für das allgemeine Beamtenrecht ergeben. Denn zum einen betrifft die „Causa Sesselmann" den Sonderfall eines kommunalen Wahlbeamten, bei dem im Rahmen der Prüfung des Gewährbietens aufgrund der Tatsache, dass der Landrat vom Volk gewählt wird, auch das Demokratieprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie das passive Wahlrecht zu berücksichtigende Faktoren darstellen.[5]

Ferner spricht manches dafür, dass das Prüfungsergebnis (soweit ersichtlich) der nach herrschender Meinung großen Bedeutung der aktiven Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei nicht hinreichend Rechnung trägt. Zwar ist es grundsätzlich möglich, auch in Fällen aktiver Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei das Gewährbieten zu bejahen. Dies erfordert aber über die vom Landesverwaltungsamt vorgenommene personelle Einordnung des aktiven Parteimitglieds innerhalb der Partei hinaus zumindest die, vorliegend ausweislich der Pressemitteilung offenbar nicht erfolgte bzw. darin nicht kommunizierte, glaubhafte Distanzierung dieses Mitglieds von den verfassungsfeindlichen Bestrebungen dieser Partei. Die Notwendigkeit einer solchen Distanzierung wird auch im eingangs angesprochen Handlungsleitfaden des Innenministeriums betont. Im Rahmen der Prüfung der Glaubhaftigkeit einer Distanzierung wird nach hier vertretener Auffassung auch zu berücksichtigen sein, dass es objektiv jedenfalls nicht ohne Weiteres nachvollziehbar erscheint, sich einerseits aktiv für eine verfassungsfeindliche Partei einzusetzen, sich dabei aber andererseits gleichzeitig von ihren verfassungsfeindlichen Zielen gerade abwenden zu wollen. Dies gilt nicht zuletzt deswegen, weil auch die verfassungsfeindlichen Ziele durch die aktive Parteimitgliedschaft jedenfalls gewissermaßen „mitgefördert" werden, unabhängig davon, ob man sich davon verbal distanziert oder nicht.

Der Fall Jens Maier

Gegen ein grundlegendes Überdenken der Prüfung des Gewährbietens spricht schließlich das am 7.11.2023 veröffentlichte Urteil des BGH zur Versetzung des Richters Jens Maier in den Ruhestand. Danach komme eine Ruhestandsversetzung grundsätzlich in Betracht, wenn ein Richter nicht mehr die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die fdG im Sinne des GG eintreten wird (Ls 1 und Rn. 35). Tatsachen, die eine solche Versetzung rechtfertigen, lägen danach im Falle einer politischen Betätigung eines Richters vor, wenn sich dieser „in herausgehobener Stellung bei einer politischen Gruppierung betätigt, die Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaats ablehnt" (Ls 2 und Rn. 35). Zwar betreffen diese Ausführungen den Fall eines Richters, aber die hier zitierten Ausführungen des BGH zum Gewährbieten und zur Betätigung in herausgehobener Stellung bei einer politischen Gruppierung (im BGH-Fall geht es um die öffentlichkeitswirksame Betätigung im mittlerweile aufgelösten „Flügel" der AfD) dürften sich mit der vorliegend kursorisch dargestellten herrschenden Auffassung im Beamtenrecht decken bzw. darauf Bezug nehmen und insofern als Untermauerung des bisherigen Prüfungsmaßstabs zu verstehen sein. Denn das Erfordernis des Gewährbietens ist sowohl im DRiG (§ 9 Nr. 2) als auch im BeamtStG (§ 7 Abs. 1 Nr. 2) sowie in Thüringen eben auch im Kommunalwahlrecht (§ 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG) nahezu identisch formuliert, was für die Übertragbarkeit der Ausführungen des BGH auf das Beamten- und Kommu-

[5] Hierzu und zum Gewicht dieser Faktoren Masuch, NVwZ 2023, S. 1694 ff. m.w.N.; Nitschke, PersV 2023, S. 444 ff.

nalwahlrecht spricht.

Insgesamt weisen daher die besseren Argumente in die Richtung, das Prüfungsergebnis des Landesverwaltungsamtes im Fall Sesselmann als Einzelfall zu betrachten, der nicht die vorherrschende Auffassung zum beamtenrechtlichen Gewährbieten in Frage zu stellen vermag. Sollte allerdings gerade der Fall Sesselmann den Stein des Anstoßes für eine erneute grundlegende Diskussion[6] oder gar Änderung der herrschenden Praxis darstellen, so dürften Zeitpunkt und Begleitumstände zumindest nachdenklich stimmen. Denn ein solches Überdenken würde in einer Phase erfolgen, in der das politische Gewicht der betroffenen Partei (anders als in der Zeit des Radikalenerlasses) zunehmend größer wird. Auf diese Weise könnte der Eindruck entstehen, juristisch mit zweierlei Maß zu messen.

[6] Vergleiche zur Diskussion insbesondere aus der Zeit des Radikalenerlasses Böckenförde, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach, Extremisten und öffentlicher Dienst, 1981, S. 9 ff.; Küchenhoff/Schimke, in: Koschnick, Der Abschied vom Extremistenbeschluss, 1979, S. 23 ff.; Rudolph, DVBl 1967, S. 647 ff.; kritisch zur Berücksichtigung der Parteimitgliedschaft („Missbrauchsgefahr im Parteienwettbewerb") auch Groß, Jura 2023, S. 549 ff. m.w.N.

Katharina Leusch

Ein AfD-Parteisender durch die Hintertür

Missbrauchsanfällige Bürgermedien

doi: 10.17176/20231222-111239-0

In ihrem Grundsatzprogramm plädiert die AfD für eine „zeitgemäße Medienpolitik". Auf seiner Parteitagsrede im November gab Björn Höcke persönlich Einblick in die medienpolitischen Pläne der Partei: „Was passiert denn, wenn Höcke dann Ministerpräsident wird? Kündigt er denn die Medien-Staatsverträge? Ja, das macht der Höcke dann, ja!" Die Kündigung des Medienstaatsvertrages (MStV) durch ein einzelnes Land ist rechtlich möglich, zieht jedoch im Hinblick auf den institutionellen Gehalt von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und die Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtliche Probleme nach sich, was die Grundversorgung mit öffentlich-rechtlichem Rundfunk betrifft. Doch was dann? Ein wichtiger Aspekt einer „zeitgemäßen Medienpolitik" wäre der Aufbau eines eigenen AfD-Parteisenders. Der wäre zwar mit § 53 Abs. 3 MStV unvereinbar, jedoch bieten sich die nach dem geltenden Thüringer Landesmediengesetz zulässigen sogenannten Bürgermedien als missbrauchsanfällige Alternative an.

Medien als Instrument autoritär-populistischer Parteien

Autoritär-populistische Parteien tendieren dazu, Institutionen, Verfahren und Normen zugunsten ihres Machterhalts zu „reformieren". Die polnische PiS-Partei hat dies in eindrücklicher Weise gezeigt. Sie entmachtete nicht nur das Verfassungsgericht, sondern auch „das bis dahin für die Kontrolle des Rundfunks zuständige Verfassungsorgan *Krajowa Rada Radiofonii*". Seit der Regierungsübernahme durch die PiS fungiert das öffentliche Fernsehen als Sprachrohr der Regierung. Der 2016 eingeführte *Rat der Nationalen Medien*, den die PiS dominiert, bestellt beispielsweise den Vorstand sowie die Programmdirektion der öffentlich-rechtlichen Sender. Dieser Einfluss hat sich im Vorfeld der diesjährigen Parlamentswahlen gezeigt. Der öffentliche Fernsehsender TVP hat 80 Prozent seiner Sendezeit für politische Berichterstattung zugunsten der PiS gefüllt. Die übrigen 20 Prozent entfielen auf die Oppositionsparteien.

Autoritär-populistischen Parteien sind nicht nur untereinander gut vernetzt, sondern lernen auch voneinander. Grundsatzprogramm und Parteitagsreden verdeutlichen, dass die AfD genau prüft, welche „Reformen" sich in Thüringen umsetzen ließen.

Die Bürgermedien des Thüringer Landesmediengesetzes

In einigen Bundesländern – etwa in Nordrhein-Westfalen, Bremen oder Thüringen – sieht das jeweilige Landesmedienrecht das Instrument der sogenannten Bürgermedien vor. Der Begriff der „Bürgermedien" ist ein Oberbegriff für unterschiedliche Formen der direkten Bürgerbeteiligung an den elektronischen Massenmedien, der Distributionskanäle wie Printmedien, Radio sowie Fernsehen erfasst. Die Entwicklung der Bürgermedien hat in Westeuropa in den 1960er und 1970er Jahren begonnen und sollte alternative Inhalte zu dem Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten schaffen, die einem strenge(re)n staatlichen Regelungsregime unterworfen waren. Theoretischen Einfluss hatte Hans Magnus Enzensbergers emanzipatorische Medientheorie. In seinem im Jahr 1970 im Kursbuch veröffentlichten Essay „Baukasten zu einer Theorie der Medien" knüpfte Enzensberger an Brechts Radiotheorie an, wonach – verkürzt formuliert – jeder Empfänger zugleich auch ein Sender sein kann. Mit der 68er-Bewegung fiel diese emanzipatorische Medientheorie auf fruchtbaren Boden. Die außerparlamentarische Opposition forderte Sendezeiten für ihre politischen Forderungen und Positionen bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein, dies jedoch ohne nennenswerten Erfolg. Mit der Zeit gründeten sich immer häufiger „Freie Radios" und „Piratensender", die von Schiffen außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes sendeten, um sich dem staatlichen Zugriff zu entziehen. Auch in der DDR gab es mit den „Piratensendern" alternative Medien, die von den oppositionellen Bürgerbewegungen betrieben wurden.

Nach § 32 Abs. 1 des Thüringer Landesmediengesetzes (ThürLMG) sind Bürgermedien „nicht kommerzielle Angebote, deren Aufgaben insbesondere die Medien-

bildung und die Vermittlung lokaler und regionaler Informationen sind“. Weiter heißt es, dass die Bürgermedien die Bürger:innen „zu einem reflektierten und professionalisierten Umgang mit Medien bewegen“ sollen. Das Gesetz spezifiziert sodann in § 34 ThürLMG zwischen Bürgerradio und -fernsehen. Beide haben gemäß § 34 Abs. 1 ThürLMG einen publizistischen Auftrag, um lokale und regionale Informationen zu übermitteln. Die offenen Sendeflächen, 14 Stunden pro Woche, nutzen die Bürger:innen in eigener redaktioneller Verantwortung.

Jochen Fasco, Direktor der Thüringer Landesmedienanstalt, hob in einem Beitrag aus dem Jahr 2016 das partizipatorische Potenzial solcher Sender hervor: „[N]ichtkommerzielle Sender [ergänzen] die deutsche Rundfunklandschaft, indem sie allen Interessierten die Möglichkeit einräumen, eigene Themen zu kommunizieren oder sich an bereits bestehenden Diskussionen zu beteiligen. Diese Facetten der Bürgermedien, der Pluralismus und die politische Partizipation sind tragende Elemente unserer Demokratie“. Die Funkanalyse Thüringen 2022 hat ergeben, dass die Nutzungsanteile an Bürgermedien stetig zunehmen; fast jede:r Zweite kannte mindestens einen Bürgermediensender. Bei den Themen zeigt sich, dass eine starke Gewichtung im Bereich Kultur, Brauchtum und Tradition liegt, gefolgt von Ratgeber- und Verbrauchertipps, Nachrichten aus (ganz) Thüringen sowie politischen und sozialen Missständen in der Region.

Der Missbrauch von Bürgermedien

Um in Thüringen Bürgerradios oder -fernsehen zu veranstalten, bedarf es nach § 34 Abs. 2 ThürLMG einer Zulassung durch die Landesmedienanstalt. Die Zulassungsvoraussetzungen werden in der sogenannte Bürgermedien-Satzung des Freistaats Thüringen näher geregelt. Nach § 5 Abs. 2 Bürgermedien-Satzung erhalten grundsätzlich nur „nichtwirtschaftliche eingetragene Vereine, deren Vereinszweck die Veranstaltung von Bürgerradio oder Bürgerfernsehen ist“ eine Zulassung. Darüber hinaus müssen sie nach § 6 Abs. 1 Bürgermedien-Satzung die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen für Rundfunkveranstalter erfüllen (§ 34 Abs. 2 ThürLMG i.V.m. §§ 8 ff. ThürLMG i.V.m. § 53 MStV). Politische Parteien sind von der Antragstellung grundsätzlich ausgeschlossen. Hier liegt das Missbrauchspotenzial. Die Partei könnte Personen für die Antragstellung gewinnen, die zwar über keine Parteimitgliedschaft verfügen, ihr inhaltlich aber trotzdem nahestehen. Bei der inhaltlichen Programmgestaltung der Bürgermedien würde die Partei offiziell nicht in Erscheinung treten können. Dem steht bereits § 9 Bürgermedien-Satzung entgegen. Danach darf das Programm „nicht einseitig einer Partei, einer Gruppe, einer Interessengemeinschaft, einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung dienen“.

Um von den richtigen Personen richtig verstanden zu werden, muss die AfD nicht offiziell in Erscheinung treten. Das von ihr vertretene Weltbild, das sich gegen Einwanderung wendet, globalisierungskritisch ist und einen ethnisch-kulturellen Volksbegriff verficht, ist ihr keineswegs zum alleinigen Gebrauch gegeben. Bewegungen wie Pegida pflegen und vertreten ähnliche Narrative, ohne eine Parteiveranstaltung der AfD zu sein.

Dass die AfD mediale Erzeugnisse, die auf den ersten Blick parteiunabhängig sind, für ihre Botschaften nutzt, zeigt das Beispiel des „Deutschland-Kurier“. Die Zeitung wird von dem „Verein zur Erhaltung der Rechtsstaatlichkeit und bürgerlichen Freiheit“ herausgegeben und ist damit institutionell parteiunabhängig. Allerdings sind allein 31 der 58 Gastkolumnist:innen Abgeordnete der AfD in verschiedenen Landtagen, im Bundestag sowie im Europaparlament.

Die Otto-Brenner-Stiftung hat in einer Studie „AfD und Medien“ bereits im Jahr 2018 analysiert, dass die AfD intermediären Instanzen grundsätzlich ablehnend gegenüberstehe und sich lieber direkt an „das Volk“ wende. Insofern sind die Bürgermedien für die AfD ein ideales Instrument, denn gerade der Aspekt der direkten Bürgerbeteiligung, der im Kontext der Bürgermedien stets betont wird, macht sie für die Narrative der AfD interessant, inszeniert sie sich doch regelmäßig als letzte und einzige Anwältin direktdemokratischer Elemente.

Was tun?

Die Aufsicht über die Bürgermedien und der Programmgestaltung obliegt der Landesmedienanstalt. Sie führt Programmanalysen durch, in denen sie methodisch überprüft, ob die Bürgerradio und -fernsehsender ihrem publizistischen Auftrag nachkommen, lokal und regional zu berichten, ob sie die ihr vorgegebenen Sendezeiträume ausfüllen und eine ausgewogene Programmgestaltung pflegen. Bei den journalistischen Beiträgen wird etwa analysiert, wie viele Sendeminuten auf Bericht/Feature, Satire, Studiogespräch oder Telefoninterview entfallen.

Im Geschäftsbericht der Thüringer Landesmedienanstalt aus dem Jahr 2022 heißt es, dass sich die bür-

germedienspezifischen Programmleistungen nicht nur durch Lokalität und Authentizität kennzeichnen, sondern ebenso durch die „Zielgruppenorientierung jenseits des Mainstreams“. Wäre ein Programm, das sich gegen Einwanderung ausspricht, Minderheiten diskriminiert oder den Klimawandel leugnet „jenseits des Mainstreams“ und damit (noch) zulässig? Hierüber kann nur spekuliert werden.

Um einen Missbrauch der Bürgermedien in Thüringen (und den übrigen genannten Ländern) sicherer zu verhindern, ließe sich sowohl die Bürgermedien-Satzung als auch die Bürgermedien-Förderrichtlinie anpassen.

9 Abs. 1 Bürgermedien-Satzung könnte etwa einen Zusatz aufnehmen, dass das Programm nicht nur vielfältig sein muss, sondern zudem nicht in einen Widerspruch zur freiheitlich demokratischen Grundordnung treten darf. Der Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung ist nicht leicht zu fassen und bereitet im Rahmen der Prüfung immer wieder Schwierigkeiten, wie etwa der Fall des AfD-Landrats Robert Sesselmann gezeigt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der Begriff „nur jene zentralen Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“, also den Grundsatz der Menschenwürde sowie das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Im Rahmen der Programmanalyse müsste die Landesmedienanstalt mithin auch prüfen, ob das Programm sich gegen diese zentralen Grundprinzipien der Verfassung wendet, wenn in der Berichterstattung beispielsweise Minderheit diskriminiert oder ein ethnisch-kulturelle Volksbegriff vertreten wird.

Darüber hinaus ist die Anpassung der Bürgermedien-Förderrichtlinie eine Überlegung wert. § 11 Abs. 3 der Förderrichtlinie könnte um einen Passus ergänzt werden, der eine Erstattungspflicht nicht nur im Fall unrichtiger oder unvollständiger Angaben vorsieht, sondern ebenso, wenn das Programm die elementaren Grundprinzipien der Verfassung missachtet.

In jedem Fall zeigt sich, dass Bürgermedien zu Schlupflöchern antidemokratischer Programmgestaltung werden könnten. Der Aufbau eines offiziellen parteieigenen TV- oder Radiosenders ist, solange die Länder an den Medienstaatsvertrag gebunden sind und das einfache Landesmedienrecht nicht novelliert wurde, vorerst ausgeschlossen. Gleichwohl sollte jede Alternativmöglichkeit, die zum Missbrauch auch nur entfernt einladen könnte, geprüft und rechtlich abgesichert werden. Bei den Bürgermedien, die bislang demokratischen Zielen verpflichtet sind, ist dies nach alledem jedenfalls nicht *a priori* ausgeschlossen.

Tobias Vogt, Carl Cevin-Key Coste

Rechtsreferendare dürfen streiken

Zum Arbeitskampf im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis

doi: 10.17176/20231214-111206-0

Das Arbeitskampfrecht von Rechtsreferendaren hat bisher wenig Beachtung gefunden. Ver.di rief jedoch für den Streik am 4.12.2023 explizit auch alle Beschäftigten an den Gerichten und Staatsanwaltschaften zum Arbeitskampf auf. Daher könnte die Frage nach dem Arbeitskampfrecht von Rechtsreferendaren künftig praxisrelevant werden. Schließlich sind die Arbeitsbedingungen für Rechtsreferendare prekär. Statt einer Vergütung zahlt beispielsweise Hamburg lediglich eine Unterhaltsbeihilfe. Sie liegt unter dem Mindestlohn und ist bundesweit die Niedrigste. Nebenverdienste werden streng angerechnet. Besserung scheint nicht in Sicht.

Grund genug, sich näher mit der Frage des Streikrechts von Rechtsreferendaren zu befassen. Der nachfolgende Beitrag lässt sich in fünf Thesen zusammenfassen:

1. Der sachliche und persönliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist für Rechtsreferendare eröffnet.
2. Das richterrechtlich aus Art. 9 Abs. 3 GG entwickelte Arbeitskampfrecht ist auf Rechtsreferendare übertragbar.
3. Das aus Art. 33 Abs. 5 GG folgende Streikverbot für Beamte gilt für Rechtsreferendare nicht.
4. Streikziel muss ein Tarifvertrag sein. Ein Streik, der auf die Änderung der Unterhaltsbeihilfenverordnung abzielt, wäre als politischer Streik rechtswidrig.
5. Eine Bestreikung des Sitzungsdienstes der Staatsanwaltschaft wäre verhältnismäßig.

Das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis

In der Radikalenerlass-Entscheidung[1] hat das BVerfG anerkannt, dass der Staat die Rechtsform des Ausbildungsverhältnisses frei wählen kann. Viele Bundesländer haben sich für das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis entschieden. Deswegen ist zunächst zu klären, wie dieses rechtlich einzuordnen ist.

Es ist kein Beamtenverhältnis im statusrechtlichen Sinn. Ebenso liegt kein zivilrechtliches Verhältnis vor. Stattdessen besteht ein Rechtsverhältnis *sui generis*. Hamburg regelt die Einzelheiten in § 36 ff. HmbJAG. So regelt § 37 Abs. 1 HmbJAG, dass die für Beamte auf Widerruf geltenden Bestimmungen mit wenigen Ausnahmen „entsprechend“ gelten.

Mangels eines statusrechtlichen Beamtenverhältnisses gelten die aus Art. 33 Abs. 5 GG folgenden „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ nur eingeschränkt. BVerfG[2] und BVerwG[3] verneinen für Rechtsreferendare das Alimentationsprinzip. Grund sei, dass Referendaren kein Amt im statusrechtlichen Sinne übertragen werde. Die Unterhaltsbeihilfe sei lediglich eine Hilfe, um den Lebensunterhalt bei der Ausbildung zu sichern.[4] Auch sei die Distanz vom Staat zu Referendaren größer als bei Statusbeamten.[5]

Anwendbarkeit des Arbeitskampfrechts? Eröffnung des Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG!

Ob das für Arbeitnehmer entwickelte Arbeitskampfrecht auf Rechtsreferendare übertragbar ist, ist davon abhängig, ob der Streik von Rechtsreferendaren vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst ist.

Grund ist, dass das Arbeitskampfrecht nicht gesetzlich geregelt ist. Stattdessen folgt es als gesetzesvertretendes Richterrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Hierzu wiegt die Rechtsprechung die kollidierenden Verfassungsgüter ab. Auch das Arbeitskampfrecht für Rechtsreferendare ist bisher nicht in einem formellen Gesetz geregelt.

Der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

[1] BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 –2 BvL 13/73, juris Ls. 11.
[2] BVerfG, Beschl. v. 24.09.2007 –2 BvR 442/06, juris Rn. 10.
[3] BVerwG, Beschl. v. 17.03.2014 –2 B 45/13, juris Rn. 16.
[4] BVerwG, Beschl. v. 17.03.2014 –2 B 45/13, juris Rn. 16.
[5] BVerfG, Beschl. v. 24. 09.2007 –2 BvR 442/06, juris Rn. 10.

(„jedermann“) umfasst mangels jedweder Beschränkung auch Referendare im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis.

Der sachliche Schutzbereich Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG fordert, dass eine Vereinigung der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dient. Art. 9 Abs. 3 GG schützt als Doppelgrundrecht nicht nur die Vereinigung selbst, sondern als Individualgrundrecht gleichzeitig die von der Koalitionsfreiheit umfassten Handlungen Einzelner. Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen meint als Begriffspaar die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird.[6]

Der Wortlaut „Arbeits-[bedingungen]“ könnte nahelegen, den sachlichen Schutzbereich für Rechtsreferendare nicht zu eröffnen, da sie noch in Ausbildung sind. Dagegen spricht jedoch, dass auch während der Ausbildung eine weisungsabhängige Arbeitsleistung erbracht wird, in welcher sich ein Ober-Unterordnungsverhältnis ausdrückt.

Gegen die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs ließe sich anführen, dass § 611a BGB den Arbeitnehmerbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG konkretisiert, welcher wiederum Referendare nicht erfasst. Das Argument überzeugt jedoch nicht. Der verfassungsrechtliche Begriff der Arbeit kann nicht einfachgesetzlich beschränkt werden. Eine so enge Begrenzung des Arbeitsbegriffs widerspräche der Grundrechtsverwirklichung durch einen weiten Schutzbereich. Eine derart starke Einschränkung des Schutzbereichs ist auch nicht notwendig, da eventuelle Besonderheiten des Rechtsreferendariats in der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden können. Ansonsten könnte der Staat durch die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG entfliehen.

Besonders der Zweck des Art. 9 Abs. 3 GG spricht dafür, Rechtsreferendare zu erfassen. Art. 9 Abs. 3 GG zielt darauf ab, dass abhängig Beschäftigte im Wege der kollektiven Privatautonomie auf die Bedingungen Einfluss nehmen können, unter denen sie tätig sind. Zu diesen Bedingungen zählen neben der Vergütung auch die Arbeitsumstände, auf die sie wegen des Hierachieverhältnisses weniger Einfluss haben als bei üblichen Austauschverhältnissen.

Auch die Rechtsprechung des BAG legt nahe, dass der Streik von Rechtsreferendaren vom sachlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst sind. So bejaht das BAG das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Recht auf Teilnahme am Arbeitskampf für Auszubildende,[7] obwohl bei ihnen der Ausbildungszweck gegenüber dem Arbeitszweck überwiegt.

Keine Übertragbarkeit des beamtenrechtlichen Streikverbots des Art. 33 Abs. 5 GG

Das BVerfG hat 2018 das Streikverbot für Beamte als eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG gefolgert.[8] Das Streikverbot folge aus der Treuepflicht des Beamten. Art. 9 Abs. 3 GG werde durch Art. 33 Abs. 5 GG als Recht mit Verfassungsrang dahingehend begrenzt, dass Beamte im statusrechtlichen Sinne nicht streiken dürften.

Sofern das aus Art. 33 Abs. 5 GG gefolgerte Streikverbot sich auf das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis übertragen ließe, scheitert hieran ein Arbeitskampf von Rechtsreferendaren. Doch Art. 33 Abs. 5 GG betrifft Beamte im statusrechtlichen Sinn. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Rechtsreferendare das nicht sind. Für das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis gilt Art. 33 Abs. 5 GG nur eingeschränkt.[9] Jede Übertragung der Anwendung von Art. 33 Abs. 5 GG für Rechtsreferendare ist begründungspflichtig.

Das Bundesverfassungsgericht führt im Wesentlichen drei Argumente an, mit denen es das Streikverbot für Beamte begründet. Kein einziges passt für Rechtsreferendare.

Erstens argumentiert das BVerfG, der Ausgleich für das Streikverbot sei das Alimentationsprinzip.[10] Beide Grundsätze seien untrennbar wechselseitig miteinander verbunden. Der Staat gewährleistet die lebenslange Alimentation, im Gegenzug benötige der Beamte kein Streikrecht. Stattdessen könnte er sich als milderes Mittel auf sein grundrechtsähnliches Individualrecht auf amtsangemessene Alimentation stützen. Das Alimentations-

[6] ErfK/Linsenmaier, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 23.

[7] BAG, Urt. V. 12.09.1984 –1 AZR 420/83, juris Rn. 134.

[8] BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 –2 BvR 1738/12, juris Rn. 144.

[9] BVerfG, Beschl. v. 24.09.2007 –2 BvR 442/06, juris Rn. 10.

[10] BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 –2 BvR 1738/12, juris Rn. 153.

prinzip steht jedoch Rechtsreferendaren im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis nicht zu.

Zweitens argumentiert das BVerfG, dass Beamte gesetzlich abgesichert (§ 118 BBG; § 53 BeamtStG) durch ihre Spitzenorganisationen Einfluss nehmen könnten.[11] Das sei ein Ausgleich zum Streikverbot. Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG werde schonend zum Ausgleich gebracht. Auch das Argument ist nicht auf das Rechtsreferendariat im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis übertragbar. Eine vergleichbare Möglichkeit Einfluss zu nehmen fehlt.

Drittens argumentiert das BVerfG, das Streikverbot sei mit Art. 11 Abs. 1 EMRK vereinbar.[12] Dieser sei wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen. Ein Streikverbot für Rechtsreferendare würde jedoch in Art. 11 Abs. 1 EMRK eingreifen. Eine Rechtfertigung hierfür nach Art. 11 Abs. 2 EMRK ist nicht ersichtlich. Insbesondere kommt die Rechtfertigung der „Staatsverwaltung" nicht in Betracht. Wie etwa das OVG Hamburg klargestellt hat, soll im Referendariat nicht die Arbeitsleistung (für den Staat) nutzbar gemacht werden.[13] Ein Streikverbot für Rechtsreferendare würde gegen Art. 11 Abs. 1 EMRK verstoßen, was auch bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist.

Das Streikverbot könnte sich allenfalls dadurch ergeben, dass der Gesetzgeber Art. 9 Abs. 3 GG durch ein einfaches Gesetz beschränkt. Für Rechtsreferendare gelten die Regelungen für Beamte auf Widerruf regelmäßig „entsprechend", siehe etwa § 37 Abs. 1 HmbJAG. Die Übertragbarkeit scheitert jedoch bereits daran, dass auch Beamte auf Widerruf keine Beamten im statusrechtlichen Sinne sind.[14]

Zusammengefasst gilt das aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitete Streikverbot für Beamte nicht für Rechtsreferendare im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis.

Die Frage des Streikziels - (k)ein politischer Streik

Weiterhin stellt sich die Frage des zulässigen Arbeitskampfziels. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist das Arbeitskampfrecht tarifakzessorisch.[15] Das bedeutet, dass der Arbeitskampf nur rechtmäßig ist, wenn ein tariflich regelbares Ziel verfolgt wird. Politische Forderungen, die sich an den Gesetzgeber richten, sind demgegenüber nicht tariflich regelbar. Politische Streiks sind rechtswidrig. Ansonsten bestünde ein Konflikt mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG). Der Erlass von Gesetzen und Verordnungen obliegt dem demokratisch legitimierten Staat. Die parlamentarische Willensbildung darf nicht den Druck einzelner Gruppen behindert werden, die ihre Partikularinteressen durchsetzen.[16]

Würden Rechtsreferendare für eine Erhöhung der Unterhaltsbeihilfe streiken, läge ein rechtswidriger politischer Streik vor. Schließlich ist die Unterhaltsbeihilfe regelmäßig in einer Verordnung geregelt. So ist gemäß § 37 Abs. 2 S. 4 HmbJAG etwa der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg ermächtigt. Auf den Senat der FHH als demokratisch legitimiertes Verfassungsorgan darf kein streikbedingter Druck ausgeübt werden.

Allerdings ist es möglich, stattdessen als Streikziel einen Tarifvertrag für Rechtsreferendare zu fordern. Dann liegt kein politischer Streik vor.

Eine weitere Möglichkeit wäre, dass Referendare an einem bereits laufenden Arbeitskampf mit bestehenden Streikzielen teilnehmen. Ein Beispiel ist der Arbeitskampf des öffentlichen Dienstes. Hier hat Ver.di auch die Beschäftigten der Gerichte und der Staatsanwaltschaft zum Streik aufgerufen. Mangels expliziter Beschränkung auf Arbeitnehmer sind auch Rechtsreferendare erfasst.

Die Verhältnismäßigkeit - mögliche kollidierende Verfassungsgüter

Zuletzt sollen einige Probleme der Verhältnismäßigkeit eines Arbeitskampfes der Rechtsreferendare beleuchtet werden. Bisher unbekannte verfassungsrechtliche Herausforderungen ergeben sich etwa, sollten Rechtsreferendare den Sitzungsdienst der Staatsanwaltschaft bestreiken.

Dann wäre die Staatsanwaltschaft gezwungen, die Sitzungstage (je Referendar bis zu drei pro Woche) durch

[11] BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 –2 BvR 1738/12, juris Rn. 158.
[12] BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 –2 BvR 1738/12, juris Rn. 163 ff.
[13] OVG Hamburg, Beschl. v. 04.01.2006 –1 Bf 92/05, juris Rn. 6.
[14] BVerfG, Beschl. v. 24.09.2007 –2 BvR 442/06, juris Rn. 10.
[15] BAG, Urt. v. 20.11.2018 –1 AZR 189/17, juris Rn. 28.
[16] BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 –2 BvR 1738/12, juris Rn. 162.

eigene Vertreter wahrzunehmen. Gerade wegen der dort ohnehin angespannten Personallage dürfte sich die Aktenbearbeitung verzögern. Rein hypothetisch wäre es möglich, dass Hauptverhandlungen mangels Vertreter der Staatsanwaltschaft kurzfristig neu terminiert werden müssten. Strafverfahren könnten sich verzögern.

Ob ein Arbeitskampf verhältnismäßig ist, bemisst sich mangels gesetzlicher Regelung durch eine Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. Diskussionswürdig ist besonders die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Laut BAG ist ein Arbeitskampfmittel verhältnismäßig im engeren Sinn (proportional), dass sich unter hinreichender Würdigung der grundrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten Kampfziels unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen als angemessen darstellt.[17]

Als mittelbar Betroffene kommen etwa Angeklagte in Strafverfahren in Betracht. Zu ihren Gunsten ist der Grundsatz des fairen Verfahrens in der Ausprägung des Verfahrens in angemessener Frist zu berücksichtigen (Art. 20 III GG i.V.m. Art. 2 I GG i.Vm. Art. 6 I 1 letzt. Hs EMRK). Eine abstrakte maximale Gesamtlänge ist nicht bestimmbar.[18] Stattdessen hängt sie von den Umständen des jeweiligen Verfahrens ab. Wägt man den Grundsatz des fairen Verfahrens mit Art. 9 Abs. 3 GG ab, ist kein abstrakter Vorrang erkennbar. Bei der konkreten Abwägung gilt: Je intensiver die Beeinträchtigung einer verfassungsrechtlich geschützten Position, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung durch das kollidierende Verfassungsgut. Bei einer Bestreikung des Sitzungsdienstes der Staatsanwaltschaft wäre die Beeinträchtigung für Angeklagte selbst bei einer Terminverlegung äußerst gering. Im Verhältnis zur üblichen Gesamtlänge von mehreren Monaten wären selbst Verzögerungen um mehrere Wochen vernachlässigbar. Auch könnte die Staatsanwaltschaft einzelne Verfahren priorisieren, um Verzögerungen gering zu halten. Wegen der geringen Eingriffsintensität in das Gebot des fairen Verfahrens sind die Anforderungen gering, damit Art. 9 Abs. 3 GG überwiegt und der Arbeitskampf verhältnismäßig ist. Zugunsten der streikenden Rechtsreferendare lässt sich etwa anführen, dass sie mangels zivilrechtlichen Vertragsschlusses keinen anderen Einfluss auf die Vergütung als den Arbeitskampf haben. Somit überwiegt das Arbeitskampfrecht der Rechtsreferendare (Art. 9 Abs. 3 GG) gegenüber dem Grundsatz des fairen Verfahrens, welches Angeklagte schützt.

Art. 9 Abs. 3 GG überwiegt selbst gegenüber der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 GG), wenn der Angeklagte in Untersuchungshaft sitzt. Die Staatsanwaltschaft kann diese Fälle priorisiert bearbeiten, was sich bereits aus dem besonderen Beschleunigungsgrundsatz für Haftsachen ergibt.

Auch die Abwägung des Art. 9 Abs. 3 GG mit der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege (Art. 20 Abs. 3 GG) fällt zugunsten des Arbeitskampfes aus. Es ist Aufgabe des Staats, durch eigene Kräfte die Strafrechtspflege zu sichern. Der Staat darf sich nicht darauf berufen, dass die Strafrechtspflege nur mit Rechtsreferendaren aufrecht zu erhalten ist. Mit der Begründung dürften Rechtsreferendare je weniger streiken, desto schlechter ihre Arbeitsbedingungen sind. Ein Streik würde scheitern, weil der Staat diese Arbeitsleistung ausbeutet und seine Ressourcenplanung für die Staatsanwaltschaft auf dem Rücken und zulasten von Rechtsreferendaren betreibt. Das ist mit dem Ziel des Art. 9 Abs. 3 GG, durch Koalitionen die Arbeitsbedingungen zu verbessern, unvereinbar.

Zusammengefasst wäre selbst die Bestreikung des Sitzungsdienstes der Staatsanwaltschaft verhältnismäßig.

Fazit - Streikrecht besteht

Rechtsreferendare im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis dürfen streiken. Neben der rechtlichen Ebene sind gute Arbeitsbedingungen im Referendariat jedoch gleichzeitig die beste Werbung für eine Laufbahn im öffentlichen Dienst. Daher hat der Staat ein Eigeninteresse, Streiks als ultima ratio durch gute Arbeitsbedingungen zu vermeiden.

[17] BAG Urt. v. 19.6.2007 –1 AZR 396/06, juris Rn. 28.
[18] EGMR, Urt. v. 06.11.2014 –67522/09 –, juris Rn. 54.

Simon Wannagat

Viel Geld für wenig Transparenz

Die geplanten Regelungen zum Parteiensponsoring

doi: 10.17176/20231215-111230-0

Dreißig Jahre ist es her, dass die Sachverständigenkommission des Bundestages zum ersten Mal eine Regelung des Parteiensponsorings angemahnt hat (BT-Drs. 12/4425, S. 18). Klassische Großspender wie VW oder Philip Morris haben den Fokus ihrer Parteienfinanzierung längst von Spenden auf Sponsoring verschoben. Nun haben sich endlich fünf der sechs Bundestagsfraktionen auf einen Entwurf einigen können (BT-Drs. 20/9147). Dessen Hauptziel ist allerdings die rückwirkende Erhöhung der staatlichen Parteienfinanzierung – die Transparenzregeln zum Sponsoring bilden nur einen kleinen Annex zum Entwurf. Diese Sondermaterie der privaten Parteienfinanzierung ist jedoch zu komplex, um sie wie ein Sonderangebot aus der Quengelzone nebenbei mitzunehmen.

Parteiensponsoring bildet inzwischen neben der Parteispende einen erheblichen Anteil der privaten Parteienfinanzierung. Im Unterschied zur Spende verpflichtet sich die Partei jedoch zu einer Gegenleistung für das erhaltene Geld. Diese liegt regelmäßig in der Gewährung von Raum für Werbung in Parteizeitschriften oder von Platz für einen Stand auf Parteiveranstaltungen – letzteres zu Quadratmeterpreisen weit jenseits dessen, was die exklusivsten Technikmessen verlangen. Das weckt den Verdacht, dass der Aussteller für mehr als die reine Präsentation seiner Produkte zahlt. Daher ist Transparenz im Parteiensponsoring dringend notwendig.

Vor allem im europäischen Vergleich wird die bisherige Regelungslücke deutlich: Beispielsweise existieren in Belgien, Frankreich und dem Vereinigten Königreich strikte Regelungen für Parteiensponsoring, -spende und sogar für Parteiendarlehen. Dies – und die Vereinbarung im Koalitionsvertrag von 2021 – mag Anstoß gewesen sein, die längst überfällige Regulierung des Sponsorings nun anzugehen. Dabei hat der Gegenstand den Bundestag schon häufiger beschäftigt: 2010 sind die Grünen und Linken mit zwei Anträgen im Bundestag (BT-Drs. 17/1169 und 17/892) gescheitert, ein Reformversuch der großen Koalition Ende der letzten Wahlperiode 2021 ist geplatzt und der dem jetzigen Entwurf stark ähnelnde Gesetzesentwurf der AfD von 2022 (BT-Drs. 20/4282) hat noch nicht einmal die erste Lesung passiert.

Ein fairer Deal?

Für den aktuellen Entwurf haben die erste Lesung und die Anhörung im zuständigen Ausschuss auffällig schnell stattgefunden, die zweite und dritte Lesung sind zeitnah auf den 15. Dezember terminiert. Treibstoff für dieses Hochgeschwindigkeitsverfahren ist jedoch nicht das hehre Ziel der Transparenz und Bürgernähe, sondern das Loch in den Parteikassen, das das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 24. Januar 2023 hineingerissen hat. Darin hat es die Erhöhung der staatlichen Parteienfinanzierung aus dem Jahr 2018 für verfassungswidrig erklärt, weil die Parteien damals nicht verfassungskonform dargelegt hätten, warum sich ihr Finanzbedarf so signifikant erhöht haben sollte. Sie versuchen nun – über ihre Fraktionen – im zweiten Anlauf die staatliche Finanzierung mit einer nachgebesserten Begründung rückwirkend ab 2018 erneut zu erhöhen. Dieser Trick soll den Zustand vor dem Bundesverfassungsgerichtsurteil wiederherstellen und das eigentlich verfassungswidrig erhaltene Geld der letzten fünf Jahre verfassungskonform werden lassen. Als Ausgleich für dieses „Zuckerbrot“ haben die Fraktionen auch eine kleine „Peitsche“ in Form der zusätzlichen Transparenzvorschriften in den Entwurf eingebaut – was, wie Michael Koß in seiner Sachverständigenstellungnahme formuliert, „demokratietheoretisch wichtig“ sei. An dieser Beobachtung ist richtig, dass die Doppelregelung einen fairen Deal suggerieren soll: Die Parteien bekommen durch die Änderung des § 18 Abs. 2 PartG über 100 Millionen €, die Öffentlichkeit erhält durch die Einfügung des § 24 Abs. 8a PartG einen separaten Sponsoringbericht als Anhang zu den Rechenschaftsberichten, um die private Parteienfinanzierung besser nachvollziehen zu können. Dabei sollen Name und Anschrift sowie Höhe und Art des Sponsorings veröffentlicht werden; das Ganze ab einer Bagatellgrenze von 750 € im

Einzelfall und 6.000 € kumuliert innerhalb eines Gebietsverbands.

Wie fair ist dieser Deal? Zunächst fehlt es an einer ausdifferenzierten Begründung der neuen Regeln. Gewiss belastet der erheblich gesteigerte Finanzbedarf der Parteien die Staatskasse – und damit letztlich den Steuerzahler – mehr als die neuen Transparenzregelungen und erfordert damit einen erhöhten Begründungsaufwand; gerade nach dem Rüffel durch das Bundesverfassungsgericht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Transparenzregelungen keiner ausführlichen Begründung – und damit auch keiner intensiven Befassung – bedürfen. Nur weil die Regelung überfällig und außerparlamentarisch *in extenso* besprochen war, heißt es nicht, dass sie lapidar nebenher vorgenommen werden kann. Diese stiefmütterliche Behandlung des Parteiensponsorings im Entwurf wird der komplexen Interessenlage nicht gerecht: Der Entwurf wägt die Interessen der empfangenden Partei, der anderen Parteien, der Sponsoren und des Volkes nicht angemessen ab, was zu Regelungslücken führt. Deshalb ist die aktuell vorgesehene Regelung kein fairer Deal.

Kontrolle der Opposition oder durch die Opposition?

Der von der AfD benannte Sachverständige Ulrich Vosgerau bezeichnete die neuen Transparenzregeln als „postdemokratisch“. Ihm zufolge werden (oder sollen?) diese „[es] der Opposition unmöglich machen, sich vor gewaltsamer Nachstellung zu schützen“. Dass dies nicht gänzlich abwegig ist, zeigen Fälle wie die Veröffentlichung der Privatadressen hessischer AfD-Politiker durch die Antifa Frankfurt mit dem Aufruf, ihnen „das Leben zur Hölle“ zu machen. Solche Aktionen wären leichter, wenn persönliche Daten öffentlich aus dem Sponsoringbericht verfügbar wären. Diese Kritik, die das Bild vom Sponsoringbericht als Proskriptionsliste heraufbeschwört, kann jedoch nicht überzeugen: Die Parteispender werden bereits in gleicher Weise publiziert, Meldungen über gewaltsame Nachstellungen aufgrund der Spenderliste blieben jedoch bisher aus. Zudem verkennt Vosgerau, dass ein solches Handeln strafbar ist und in der Vergangenheit vom Staat scharf sanktioniert wurde – teilweise mit mehrjährigen Haftstrafen. Belästigungen unterhalb des Strafniveaus hingegen sind in einer Gesellschaft, die vom pluralistisch-demokratischen – teils auch intensiven – Diskurs in den weiten Grenzen der Meinungsfreiheit geprägt ist, hinzunehmen und kein Argument gegen erhöhte Transparenz.

Die Lücken im Regelungsentwurf

Stattdessen besteht das Hauptproblem darin, dass in den neuen Entwurf schlichtweg zu wenig Zeit und Energie hineingeflossen sind, um ein ausdifferenziertes und effizientes Regelungssystem aus dem Boden zu stampfen. Dies zeigt sich sich vor allem in den von der Parteispende verschiedenen, inkonsequenten und nur spärlich begründeten Rechtsfolgen. Während § 25 Abs. 2 PartG verschiedene Annahmeverbote für Parteispenden aufstellt, beispielsweise von Spenden aus dem Ausland oder durch öffentlich-rechtliche Unternehmen, fehlen für das Parteiensponsoring solche Regelungen gänzlich und ohne Erklärung.

Ebenso fehlen – ohne Begründung – gebietsverbandsübergreifende und *ad hoc*-Veröffentlichungspflichten, wie sie in § 25 Abs. 3 PartG für Spenden vorgesehen sind. Man könnte versuchen, diese Lücke mit der engeren Einzelveröffentlichungsgrenze zu begründen, die beim Sponsoring schon bei 750 € liegen soll, bei Spenden jedoch erst bei 10.000 €. Es bliebe jedoch beim Begründungsversuch: Denn durch diese Lücke könnten in jedem Gebietsverband bis zu 5.999 € anonym gesponsert werden, solange jedes Einzelsponsoring unter 750 € bleibt. Dadurch könnten, wie Koß berechtigterweise kritisiert, je nach Parteistruktur Summen im Millionenbereich zugunsten einer Partei ausgegeben werden, ohne im Sponsoringbericht aufzutauchen.

Sponsoring gleich Spende als Lösung?

Ließen sich diese Lücken durch eine Gleichstellung von Spende und Sponsoring schließen, wie Sophie Schönberger und Transparency International in ihren Stellungnahmen vorschlagen? Durch einen Rechtsfolgenverweis auf § 25 PartG könnte beispielsweise auf das bereits recht ausdifferenzierte Transparenzsystem für Parteispenden zurückgegriffen werden. Ein solches uniformes Regelungssystem für private Parteienfinanzierung – wie im Vereinigten Königreich – würde künftige Reformen erheblich vereinfachen.

Eine Gleichstellung könnte schon deshalb notwendig sein, wenn die Abgrenzung beider Finanzierungsformen praktisch unmöglich und damit die konkrete Einordnung einer Finanzierung als Sponsoring oder Spende unvorhersehbar wäre – dies wäre aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht mit dem Gebot der Rechtssicherheit vereinbar.

Die Abgrenzung ist tatsächlich kompliziert, weil als Abgrenzungskriterium nach § 27 Abs. 1b S. 2 des Entwurfes ein unbestimmter Rechtsbegriff dient: „Die Höhe der jeweiligen Zuwendung [darf] nicht außer Verhältnis zur von der Partei erbrachten Gegenleistung stehen". Ist die Zuwendung unverhältnismäßig hoch, ist sie kein Sponsoring, sondern eine Spende. Die Sponsoringvereinbarung ist aber zuvorderst ein gegenseitiger Vertrag. Darin ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung subjektiv geprägt; beispielsweise gehen die Standmieten auf Parteitagen von 1.000 € bis über 60.000 €. Ein *iustum pretium* ist objektiv also kaum bestimmbar.

Zur gängigsten Arbeit der Rechtsanwender gehört es jedoch, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen – in Bereichen, die hohe Flexibilität erfordern, sind Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe geradezu notwendig, um die generell-abstrakte Natur des Gesetzes zu wahren. Dies gilt auch für das Sponsoring, das eine Vielzahl an Formen annehmen kann und deshalb immer unter Berücksichtigung des Einzelfalles beurteilt werden muss. Kumulativ werden diese Einzelfälle dann, wie bei jedem unbestimmten Rechtsbegriff (man denke nur an § 138 oder § 242 BGB), zu einer rechtssicheren Konkretisierung führen, die eine Abgrenzung mit vorhersehbaren Ergebnissen ermöglicht. Reine Praktikabilitätserwägungen können die Gleichstellung von Parteispende und Parteiensponsoring also nicht rechtfertigen.

Die vergleichbare Interessenlage zwischen Spende und Sponsoring

Stattdessen ist eine solche Gleichstellung nur möglich, wenn die Interessenlage zwischen Sponsoring und Spende vergleichbar ist. Bei einer unterschiedlichen Interessenlage hingegen würde das Abwägungsergebnis anders ausfallen und kein vergleichbares Transparenz- und Verbotsinteresse bestehen.

Zwar ist Sponsoring natürlicherweise als Unternehmenswerbung auf eine besondere Öffentlichkeitswirksamkeit ausgelegt – man denke nur an die in Fußball-Pressekonferenzen vor den Spielern repräsentativ aufgereihte Softdrink- und Bierauswahl – und unterscheidet sich insoweit entschieden von der Parteispende. Die Öffentlichkeitswirksamkeit beim Parteiensponsoring ist jedoch anders als beim klassischen Sponsoring: Schließlich sind einerseits die konkreten Sponsoringvereinbarungen nicht offenzulegen, andererseits ist die Zielrichtung eine andere. Bei klassischem Sponsoring erhofft sich der Sponsor eine erhöhte Reichweite seiner Produkte bei Drittverbrauchern durch die Bekanntheit des Gesponserten: So möchte z.B. Coca-Cola beim Sponsoring von Sportgroßveranstaltungen wie der UEFA Nations League durch die Bekanntheit der dort präsenten Fußballstars seinen eigenen Absatz erhöhen. Der Parteiensponsor hingegen möchte primär sich selbst und der gesponserten Partei dienen: Ihm geht es regelmäßig nicht um die Erhöhung seiner Reichweite gegenüber Dritten oder eine Image-Aufbesserung durch das Sponsoring einer bestimmten Partei – im Gegenteil könnte dies sogar absatzhemmend sein, wenn politische Gegner der gesponserten Partei zum Boykott des Sponsors aufrufen. Stattdessen erhofft dieser sich durch die Nähe zu den Entscheidungsträgern der Partei die Möglichkeit politischer Einflussnahme; Werbung unter den Parteimitgliedern, nicht jedoch darüber hinaus, ist allenfalls ein positiver Nebeneffekt.

Deshalb ist die Interessenlage des Parteiensponsors eher mit derjenigen des Parteispenders als der des klassischen Sponsors vergleichbar. Da das Hauptmotiv des Sponsors also regelmäßig die politische Einflussnahme ist, ist auch das Transparenzinteresse der Öffentlichkeit nicht anders zu beurteilen als bei der Parteispende. Eine weitere Publikationsgrenze als bei den Parteispenden ist deshalb nicht angezeigt. Im Gegenteil ist die im Entwurf vorgesehene strengere Publikationsgrenze für Einzelsponsoring ab 750 € durch die unterschiedliche Grundrechtsbetroffenheit der Finanziers gerechtfertigt: Während der Spender verdeckt bleiben möchte, wohnt auch dem Parteiensponsoring zumindest eine gewisse Öffentlichkeit inne. Damit ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sponsors aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zur Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit, wonach jeder über die Veröffentlichung privater Lebenssachverhalte selbst entscheiden können soll, weniger betroffen als das des Spenders. Diese Wertung verdeutlicht auch der Entwurf zu § 27 Abs. 1b S. 1 PartG, wonach der Sponsor eigene Ziele der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit verfolgen muss. Daher mag die von Foroud Shirvani geäußerte Kritik, dass die 750 €-Grenze zu streng sei, zwar politisch berechtigt sein, kann aber rechtlich nicht überzeugen – dass auch die Regelungen zur Parteispende noch nachjustiert werden müssen, ist bereits bekannt.

Damit wäre vor dem Hintergrund der vergleichbaren Interessen und der schwächeren Grundrechtsbetrof-

fenheit des Sponsors eine Gleichstellung von Spende und Sponsoring grundsätzlich denkbar. Diese würde die Unklarheiten des aktuellen Entwurfs hinsichtlich der Rechtsfolgen des Sponsorings zu großen Teilen beseitigen. Zudem würden Beschränkungen entsprechend § 25 Abs. 2 PartG die politische Einflussnahme durch Sponsoring in verfassungskonformen Grenzen halten.

Licht und Schatten

Das Tempo in diesem Gesetzgebungsverfahren ist zu hoch, als dass noch auf eine Änderung des faktisch nur halbfertigen Entwurfes gehofft werden darf, zumal der Innenausschuss des Bundestages ihn inzwischen in unveränderter Form bestätigt hat. Zwar ist es grundsätzlich leichter, Löcher in einem vorhandenen Netz zu flicken als ein neues zu knüpfen. Allerdings stünde eine solche (wirklich notwendige) nachträgliche Präzisierung auf der Prioritätenliste anschließend ganz unten – schließlich wäre das Versprechen aus dem Koalitionsvertrag eingehalten und auch ein löchriges Netz erfülle halbwegs seinen Zweck. So hat es nach Einführung des Parteiengesetzes 1967 noch einmal fast dreißig Jahre bis zu einer ausdifferenzierteren Regelung der Parteispende gedauert und selbst diese ist noch lückenhaft. Daher ist, wenn dieser Entwurf zum Gesetz gegossen wird, erfahrungsgemäß in den nächsten Jahrzehnten nicht mehr mit einer umfassenden Nachbesserung zu rechnen.

Dennoch ist der Entwurf differenziert zu beurteilen. Einerseits führen die uneinheitlichen Transparenzvorschriften und fehlenden Beschränkungen entsprechend § 25 Abs. 2 PartG zu Lücken und Umgehungsmöglichkeiten, die wahrscheinlich nicht mehr behoben werden. Anderseits ist zumindest der Regelungswille des Gesetzgebers positiv hervorzuheben. Würde der Entwurf also entsprechend einer juristischen Klausur zu bewerten sein, stünde vermutlich eine Floskel wie „Licht und Schatten“ darunter. Schließlich kann er in seinen Ansätzen überzeugen, bleibt im Ergebnis jedoch hinter den Erwartungen zurück.

Benjamin Poliak

Wie viel Unwahrheit verträgt die Kunst?

Zur neusten Aktion des Zentrums für Politische Schönheit

doi: 10.17176/20231216-111145-0

Bundeskanzler Olaf Scholz verkündet im Namen der Bundesregierung, ein Verbotsverfahren gegen die AfD anzustrengen. Diesen Eindruck erweckt ein Video, das das Zentrum für Politische Schönheit (ZPS) am 27. November veröffentlichte, später entfernte und mit einem Urheberhinweis zu Beginn des Videos neu hochlud. Der Bundeskanzler präsentiert sich darin ungewohnt pathetisch, untermalt mit Musik und Videoeinblendungen. Für dem politischen Diskurs nahestehende Menschen war und ist erkennbar, dass es sich um ein sogenanntes Deepfake handelt. Gleichzeitig ist jedoch kaum bezweifelbar, dass es auch viele Menschen gegeben haben muss, die dem Deepfake-Video Glauben schenkten. Zusätzlich schaltete das ZPS eine Website frei, auf der vermeintliche Beweise für die Verfassungsfeindlichkeit der Partei zusammengetragen werden. Zudem stellte es vor dem Kanzleramt Plakate auf, die namhafte AfD-Politiker*innen hinter Gefängnisgittern zeigen.

Regierungssprecher Steffen Hebestreit nannte die Aktion „manipulativ“, sie schüre „Verunsicherung“ und sei „kein Spaß“. Dem höchsten Regierungsvertreter des Staates eine politisch hochbrisante Aussage in den Mund zu legen, die gesellschaftlich und medial, auch auf diesem Blog, breit diskutiert wird, lotet die Grenzen der Frage, was Kunst darf, im Kontext des digitalen Zeitalters neu aus. Das ZPS fiel bereits in der Vergangenheit mit Aktionen im Grenzbereich von künstlerischer Intervention und politischem Aktivismus auf, teilweise in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Bundestagswahlkampf (*Flyerservice Hahn*). Am 15. Dezember 2023 erklärte das ZPS, dass YouTube das Deepfake-Video in seiner ursprünglichen Form wieder freigeschaltet hat. Im konkreten Fall dürfte sich ein Verbreitungsverbot des Videos dennoch als verhältnismäßiger Eingriff in die Kunstfreiheit des ZPS erweisen.

Fiktion und Verfremdung

Ist das in Rede stehende Video überhaupt ein Kunstwerk und nicht ausschließlich eine politisch-aktivistische Aktion? Erwähnenswert ist, dass das ZPS unterschiedlich rezipiert wird, als „Politgruppierung“ (FAZ), „Satire- und Politikinitiative“ (ZDF) oder „Künstlergruppe (taz)“. Diese terminologischen Unterschiede kommen nicht von Ungefähr: Der Grat zwischen Kunst und Politik kann schmal sein – und damit einhergehend auch zwischen Kunstfreiheit und Meinungsfreiheit.

Die Kunstwerkeigenschaft des Videos lässt sich jedenfalls nicht grundsätzlich mit dem Argument verneinen, im Video werde eine unwahre Tatsache (geplante Einleitung eines AfD-Verbotsverfahrens) verbreitet. Vielmehr sind manche Kunstformen, insbesondere die Literatur, im Grenzbereich von Fiktion und Wirklichkeit angesiedelt. Teilweise gehört es zum künstlerischen Prozess, die Wirklichkeit zu interpretieren, reale Sachverhalte zu verfremden und auf diese Weise Neuartiges zu kreieren (vgl. Hufen, HdbGR, Bd. 4, § 101 Rn. 54). Dabei bleibt die durch das Kunstwerk verarbeitete Wirklichkeit indes stets als Substrat erkennbar. „Auch wenn der Künstler Vorgänge des realen Lebens schildert, wird diese Wirklichkeit im Kunstwerk ‚verdichtet‘. Die Realität wird aus den Zusammenhängen und Gesetzmäßigkeiten der empirisch-geschichtlichen Wirklichkeit gelöst und in neue Beziehungen gebracht […]. Die Wahrheit des einzelnen Vorganges kann […] der künstlerischen Einheit geopfert werden.“ (BVerfGE 30, 173 (190)). Kunstwerke kreieren eine eigene, ästhetisierte Wirklichkeit, wie Erwin Stein in seinem Sondervotum zur *Mephisto*-Entscheidung darlegt: „Ein Kunstwerk […] strebt eine gegenüber der realen Wirklichkeit verselbständigte ‚wirklichere Wirklichkeit‘ an, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewußter erfahren wird. […] Auch bei […] Anknüpfung an reale geschichtliche Gegebenheiten hat eine Überhöhung oder Transzendierung […] in die eigene, von der künstlerischen Phantasie geschaffene ‚ästhetische Realität‘ des Kunstwerks stattgefunden. Die künstlerische Darstellung kann […] nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, äs-

thetischen Maßstab gemessen werden." (BVerfGE 30, 173 (204)).

Kunstfreiheit und Meinungsfreiheit haben ein unterschiedlich weites Schutzniveau: Bewusst unwahre Äußerungen werden von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nicht geschützt (vgl. nur BVerfGE 99, 185 (197, Rn. 52)). Von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG hingegen können derartige Aussagen aufgrund ihres Verfremdungsgrades noch gedeckt sein (Otto, JR 1983, 1 (10); Gostomzyk, NJW 2008, 737 (739)). So erlaubt die künstlerische Form, etwa Satire und Karikatur, gegenüber einer bloßen Meinungsäußerung auch hinsichtlich provokativer, polemischer, übertriebener – gegebenenfalls ehrverletzender – Äußerungen ein Mehr (vgl. BVerfGE 75, 369 (377); Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, S. 55; Hufen, JuS 2022, 897 (899)). Dafür müsste im Fall des Scholz-Deepfakes aber überhaupt eine künstlerische Form vorliegen.

Politische Kunst und Kunstfreiheit

Eine politisch-engagierte Ausrichtung schließt die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG selbstverständlich nicht aus (vgl. BVerfGE 30, 173 (190 f.); 75, 369 (377); Germelmann, Dreier, Art. 5 Abs. 3 (Kunst), Rn. 49). Regimekritisch ausgerichtetes Kunstschaffen hat eine lange Tradition; Kunst entwickelte sich auch – obgleich nicht ausschließlich – aus Anlass der (entwicklungsgeschichtlich meist affirmativen) Darstellung öffentlicher Angelegenheiten (vgl. Luhmann, Die Kunst der Gesellschaft, S. 221), ist „verflochten mit Geschichte und Gesellschaft" (Adorno, Ästhetische Theorie, S. 268.). Ob aber das konkrete Video Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG unterfällt, ist im Sinne einer wertenden Gesamtbetrachtung, insbesondere unter Rekurs auf die drei gängigen Kunstbegriffe, die nicht kumulativ erfüllt sein müssen, zu eruieren.

Der formale Kunstbegriff fragt, ob bei „formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind" (BVerfGE 67, 213 (226 f.)). Eine etablierte Kunstgattung *Deepfake* existiert nicht. Es ließe sich jedoch diskutieren, ob eine Zuordnung zur *Aktionskunst* (dazu Hufen, JuS 2022, 897 (899 f.)) oder einem *Artivismus* möglich ist. Der materiale Kunstbegriff (BVerfGE 30, 173 (188 f.)) wiederum definiert Kunst als freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden, wobei Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammenwirken. Kunst ist demnach primär nicht Mitteilung, sondern unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit. Ob im hier besprochenen Fall der Schwerpunkt auf dem persönlichen schöpferischen Ausdruck liegt, ist bezweifelbar, kam es dem ZPS hier doch – wie die Begleitumstände belegen – vor allem auf die mit dem Video vermittelte politische Botschaft an. Dennoch stellt das Video eine sich vom Alltäglichen unterscheidende Formensprache dar, durch die auf kreative Weise (Herstellung des Deepfakes, Zusammenschnitt, Hinterlegung mit Musik) Eindrücke – insbesondere politischer Art – verarbeitet werden. Bei gebotener kunstfreundlicher Auslegung (Lenski, Jura 2016, 35 (41, 43)) kann das Video im Sinne des offenen Kunstbegriffs (BVerfGE 67, 213 (227)) als Warnung vor KI-generierten Desinformationskampagnen verstanden werden, weshalb auch genau dieses Mittel gewählt wurde: als Aufforderung, individuelle und kollektive Medienkompetenz zu hinterfragen. Dafür spricht auch, dass es hier zu einer Vermischung von Faktischem und Fiktivem kommt, da neben dem Deepfake-Video eine Website mit realen AfD-assoziierten Äußerungen generiert wurde.

Eine wertende Gesamtbetrachtung darf jedoch nicht den Charakter der Kunstfreiheit als spezielles Kommunikationsgrundrecht außer Acht lassen (BVerfGE 81, 278 (289); Germelmann, Dreier, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 15, 52, 96.). Zu echtem kommunikativen Austausch kann es nur dann kommen, wenn klar ist, wer mit wem kommuniziert. Ähnlich wie bewusst falsche Tatsachenbehauptungen nicht von der Meinungsfreiheit geschützt werden, gibt es auch eine Grenze, innerhalb derer die Kunstfreiheit falsche Aussagen erfasst. Stellen sich Fiktion und Verfremdung zwar nicht als grundsätzlich kunstkonträr dar, so ist doch hervorzuheben, dass *Kunst*rezipierende Fiktionalisierungen oder verschwimmende Grenzen zwischen Realität und Fiktion als Teil eines Kunstwerks erwarten (können); etwas anderes gilt, soweit ein Werk gar nicht *als Kunst* rezipiert wird, wie es hinsichtlich des Videos jedenfalls teilweise der Fall ist, da es nicht als Kunstwerk erkennbar ist, solange man die Unechtheit nicht erkennt. Ein Roman geriert sich nicht als Abbild der Realität, ein Deepfake schon; eine Karikatur ist immer erkennbar, ein Deepfake nicht unbedingt. Dennoch überwiegt, unter zusätzlicher Berücksichtigung des künstlerischen Selbstverständnisses des ZPS, der kreativ-schöpferische Charakter. Das Deepfake-Video unterfällt

somit dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit. Die Grenze hinsichtlich bewusst unwahrer Tatsachenäußerungen ist bei der Kunstfreiheit somit – anders als bei der Meinungsfreiheit – nicht generalisierbar im Rahmen des Schutzbereichs zu ziehen. Vielmehr ist eine Verbreitung unwahrer Tatsachenäußerungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs im Einzelfall zu berücksichtigen.

Das ZPS hat gegen ein von der Bundesregierung bereits bemühtes Verbreitungsverbot juristische Schritte angekündigt. Es stellt sich somit die Frage, ob sich ein Verbreitungsverbot des Videos verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe. Natürlich darf (satirische) Kunst nicht alles – trotz vorbehaltloser Gewährleistung der Kunstfreiheit. Augenscheinlich relevant wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bundeskanzlers, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, insbesondere in der Ausprägung des Rechts am eigenen Bild und eigenen Wort. Auch das Urheberrecht (Ukraine-Rede des Bundeskanzlers) und Markenrecht (Flaggenstab mit Bundesadler) wären im Rahmen einer verhältnismäßigen Abwägung zu berücksichtigen. Hervorzuheben ist, dass der Bundeskanzler allein in seiner Sozialsphäre (Bildnis in amtlicher Eigenschaft; Worte im politischen Kontext) berührt wird, sodass die Intensität der individuellen Beeinträchtigung eher gering ausfällt. Als Regierungschef und Person des öffentlichen Lebens muss er Kritik – und als solche ist das Deepfake-Video auch zu verstehen – in gewissem Maße aushalten. Jedoch schmälert sich die Machtkritik-Befugnis des ZPS dadurch, dass das Video nicht transparent als künstlerischer Beitrag zum politischen Diskurs firmiert; vielmehr stellt sich die künstlerische Formensprache als bloßes Beiwerk zur verdeckt erfolgenden Kundgabe des politischen Standpunktes dar. Da der Schwerpunkt der künstlerischen Tätigkeit somit nicht im unmittelbaren Ausdruck der eigenen Persönlichkeit, sondern in der Beteiligung am politischen Diskurs liegt, mithin eine deutliche Nähe zur Meinungsfreiheit besteht, wiegt es umso schwerer, dass das Kunstwerk unwahre Tatsachenäußerungen beinhaltet.

Politische Kunst braucht keine Deepfakes

Dass KI-generierte Desinformationskampagnen bereits Wahlkämpfe und Kriege beeinflussen, verdeutlicht, wie problematisch der Einsatz von Deepfakes für die Demokratie sein kann: Werden Bürger*innen mit falschen Tatsachen hinsichtlich politisch brisanter Themen konfrontiert, tangiert dies mitunter die von Art. 20 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete freie Willensbildung, insbesondere soweit Ausschnitte eines Deepfake-Videos leicht rausgeschnitten und digital verbreitet, Falschinformationen also in großem Maße reproduziert werden können.

Und dennoch: Künstlerische Interventionen sind in freiheitlichen Demokratien wichtig; sie können ein Gefühl der Unordnung hervorrufen und Missstände öffentlichkeitswirksam aufgreifen. (Politische) Kunst darf dabei auch mit Unwahrheiten spielen, doch sie sollte es offen tun. In der Erkennbarkeit *als Kunst* unterscheidet sich das Scholz-Deepfakevideo insofern von früheren Aktionen des ZPS (ähnlich bereits *Flyerservice Hahn*). Zwar führt die fehlende Transparenz grundrechtsdogmatisch nicht *per se* zum Versagen der Kunstwerkeigenschaft, doch stellt sich im konkreten Fall ein Verbreitungsverbot des Videos in seiner ursprünglichen Form nicht als Verletzung der Kunstfreiheit dar. Eine etwaige gerichtliche Auseinandersetzung ist im Hinblick auf zukünftig immer relevanter werdende Fragen der Grenzen politischer Kunst im digitalen Zeitalter mit Spannung zu erwarten.

Fabian Peltzer

Kreative Sondervermögensgestaltung

Die Kritik des Bundesrechnungshofs an der Zweckerweiterung des Sondervermögens Bundeswehr

doi: 10.17176/20231218-111139-0

Ein neuer Zweck für das Sondervermögen Bundeswehr

Zentrales Element der verteidigungspolitischen Zeitenwende, die der Bundeskanzler drei Tage nach Beginn der russischen Vollinvasion in die Ukraine im Februar 2022 ausgerufen hat, ist das Sondervermögen für die Bundeswehr (dazu bereits hier, hier und hier). Sein rechtlicher Ausgangspunkt ist der 2022 neu geschaffene Art. 87a Abs. 1a GG, der dem Bund die Errichtung eines Sondervermögens mit Kreditermächtigungen in Höhe von einmalig bis zu 100 Milliarden Euro „zur Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit“ erlaubt. Eine Verankerung auf Verfassungsebene ist für Sondervermögen nicht prinzipiell erforderlich, erlaubte hier jedoch die in S. 2 geregelte Ausnahme von der Schuldenbremse, die andernfalls auch für Sondervermögen gilt. Ein Rückgriff auf die Ausnahme von der Schuldenbremse für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen (Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG) war daher nicht notwendig. Aus diesem Grund ist das Sondervermögen Bundeswehr von der richtungsweisenden Entscheidung des BVerfG zum Klima- und Transformationsfonds nicht unmittelbar betroffen.

Flankierend zur Grundgesetzänderung wurde nach Art. 87a Abs. 1a S. 3 GG das Bundeswehrfinanzierungs- und sondervermögensgesetz (BwFinSVermG) in Kraft gesetzt, das den Zweck des Sondervermögens bislang folgendermaßen konkretisierte: „Die Mittel des Sondervermögens sollen der Finanzierung bedeutsamer Ausrüstungsvorhaben der Bundeswehr, insbesondere komplexer überjähriger Maßnahmen, dienen“ (§ 2 S. 2). Das jetzt beschlossene Haushaltsfinanzierungsgesetz ändert diese Zweckbestimmung, sie lautet nun: „Die Mittel des Sondervermögens sollen der Finanzierung von Ausrüstungsvorhaben der Bundeswehr dienen. Dies umfasst insbesondere bedeutsame Maßnahmen im Bereich der Rüstungsinvestitionen nebst mit diesen zusammenhängender Forschung, Munitionsausgaben, Infrastrukturprojekte sowie Projekte auf den Gebieten der Informationstechnologie, zum Schutz von und Sicherstellung des Zugangs zu Schlüsseltechnologie und Logistik für die Bundeswehr“. Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 24) soll dadurch eine restriktive Auslegung des Begriffs „Ausrüstungsvorhaben“ vermieden werden. In der Tat bringt die Zweckänderung zum Ausdruck, dass nicht nur großangelegte Beschaffungen von Waffen- und Ausrüstungssystemen in einem engeren Sinn zu den mit dem Sondervermögen finanzierbaren Vorhaben zählen sollen, sondern auch darüber hinausgehende Bedarfe wie die „insbesondere“ aufgezählten.

Diese Änderung hat in der Öffentlichkeit bislang wenig Beachtung gefunden. In einer vertraulichen Stellungnahme erhebt der Bundesrechnungshof allerdings erhebliche Einwände, die Presse zitiert ihn mit der Bewertung: „die vorgesehene Ausweitung läuft dem vom Verfassungsgesetzgeber mit dem Sondervermögen verfolgten Zweck zuwider“ und „dieses Konzept der ›Mischfinanzierung‹ ist rechtlich unzulässig“. Ähnlich lautet die Kritik der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag, die zumindest bei Bekanntwerden der Änderung angekündigt hatte, sich eine „Klage vorzubehalten“. Droht der Bundesregierung neues verfassungsgerichtliches Ungemach im Haushaltsrecht – diesmal im Hinblick auf das Sondervermögen Bundeswehr?

Überschreitung der verfassungsrechtlichen Zweckbestimmung?

Der erste Kritikpunkt lautet, der neue, einfachgesetzlich konkretisierte Zweck überschreite die vom Grundgesetz vorgegebene Zweckbestimmung des Sondervermögens. Art. 87a Abs. 1a GG spricht als Zweck von der „Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit“, eine im Grundgesetz neue Begriffsbildung (Moser, ZaöRV 2022, 741, 743). Von diesem Wortlaut ausgehend ist der verfassungsrechtlich vorgegebene Rahmen allerdings denkbar weit: Geht es danach um die Steigerung der militärischen Erfolgsaussichten in einem Verteidigungs- oder Bündnisfall, dann lässt sich dem weder eine Beschränkung auf

militärisches Großgerät noch auf anderweitig besonders hervorgehobene Ausrüstungsvorhaben entnehmen. Der Bundeswehr fehlt es ebenso an alltäglichem Arbeitsgerät wie persönlicher Ausrüstung, kleinerem Gerät, Nachtsichtgeräten und Funkgeräten, an funktionierender Infrastruktur und Munition – diese Mängel ziehen die Leistungsfähigkeit der Streitkräfte nicht weniger in Zweifel als nichtvorhandene Flugabwehrpanzer und überalterte Kampfflugzeuge. Für diese Auslegung spricht auch der Kontext des Sondervermögens: Gerade das Kriegsgeschehen in der Ukraine seit 2022 zeigt, dass vermeintlich kleinteilige Themenbereiche wie Logistik, individuelle Ausrüstung und Nachschub insbesondere von Munition für beide Kriegsparteien essentiell für das militärische Bestehen sind. Versteht man die vom verfassungsändernden Gesetzgeber verfolgte Absicht also in der möglichst wirksamen Erhöhung der Verteidigungskapazitäten unter dem Eindruck des russischen Angriffskrieges, dann ist eine restriktive Auslegung der Zweckbestimmung „Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit“ nicht angezeigt.

Zwar spricht die Gesetzesbegründung zu Art. 87a Abs. 1a GG demgegenüber konkreter davon, die Mittel des Sondervermögens „sollen ausschließlich der Finanzierung bedeutsamer Ausrüstungsvorhaben dienen“ (S. 10) und insofern für „Großvorhaben“ (S. 8) verwendet werden. Angesichts der darin zum Ausdruck kommenden Intention des Verfassungsgesetzgebers ist die Neufassung von § 2 Abs. 2 BwFinSVermG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass weiterhin jedes aus dem Sondervermögen finanzierte Ausrüstungsvorhaben „bedeutsam“ sein muss, auch wenn es nicht den „insbesondere“ aufgezählten Themenbereichen unterfällt. Für die Frage, was bedeutsam in diesem Sinne heißt, greift aber wiederum das Argument, dass die notwendige Bedeutsamkeit für die Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit und die Größe des Vorhabens eben nicht zwangsläufig gleichzusetzen ist mit besonders komplexen und weitreichenden Beschaffungen von einzelnen Großwaffensystemen und ähnlichem. Erforderlich für die Bedeutsamkeit ist lediglich, dass die Vorhaben ein gewisses Finanzvolumen überschreiten und einem hinreichend gewichtigen Defizit der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit der Bundeswehr abhelfen.

Auch das durch die verfassungsrechtlich vorgegebene Ausgestaltung als Sondervermögen verfolgte Ziel langfristiger Finanzierungssicherheit impliziert keine zwingende Begrenzung auf langfristige, mehrjährige Einzelvorhaben. Die Trennung vom allgemeinen Bundeshaushalt gewährleistet ohnehin, dass die dort bestehenden Mittel über die einzelne Haushaltsperiode hinaus nur für die Gesamtaufgabe „Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit“ herangezogen werden können, also für das übergreifende Ziel des gesamten Sondervermögens verfügbar bleiben – unabhängig vom Finanzierungshorizont der einzelnen Vorhaben.So verstanden überschreitet die neugefasste Zweckkonkretisierung den verfassungsrechtlichen Rahmen nicht. Politisch war die Einführung von Art. 87a Abs. 1a GG unter Mitwirkung der oppositionellen CDU/CSU-Fraktion freilich an die Schaffung des BwFinSVermG mit der ursprünglichen Zweckbestimmung geknüpft. Der Vorwurf, die jetzige Zweckerweiterung verstoße gegen die ursprüngliche Konzeption des Sondervermögens, hat daher politisch durchaus Gewicht. Rechtlich hätte das Grundgesetz eine weitere einfachgesetzliche Zwecksetzung aber von Anfang an zugelassen.

Verbotene Mischfinanzierung?

Davon zu trennen ist der zweite Vorwurf unzulässiger Mischfinanzierung. Er ist erklärungsbedürftig, denn der bloße Umstand, dass im Sondervermögen Mittel für Vorhaben veranschlagt sind, die andernfalls aus dem regulären Staatshaushalt zu finanzieren wären, ist Wesensmerkmal jedes Sondervermögens. Das Grundgesetz sieht die Möglichkeit zur Schaffung von Sondervermögen ausdrücklich vor (neben Art. 87a Abs. 1a auch Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, Art. 143d Abs. 1 S. 2 GG), so dass ihm insoweit eine Ausnahme von den Haushaltsgrundsätzen der Einheit und Vollständigkeit (Art. 110 Abs. 1 Hs. 1 GG) zu entnehmen ist.

Auch wenn der genaue Argumentationsgang des BRH mangels Veröffentlichung der Stellungnahme nicht bekannt ist, lässt sich ein gewisser Hinweis einem Bericht des Rechnungshofes an den Haushaltsausschuss des Bundestages von 2022 entnehmen, der sich auf einen ersten – später überarbeiteten – Entwurf des Wirtschaftsplans für das Sondervermögen des Jahres 2023 bezog. Ein fundamentaler Kritikpunkt des BRH war damals, dass die Gesamtausgaben aller im damaligen Entwurf des Wirtschaftsplans berücksichtigter Vorhaben den Finanzrahmen des Sondervermögens überschreiten. Bei Umsetzung aller geplanter Maßnahmen wäre also ein höherer Betrag als jene 100 Milliarden Euro erforderlich, für die Kreditermächtigungen vorgesehen sind. Die restliche Abfinan-

zierung der eingegangenen Verpflichtungen müsste dann nach Auflösung des Sondervermögens (§ 8 Abs. 1 BwFinSVermG) erfolgen, und zwar zu Lasten des allgemeinen Bundeshaushalts – die angesprochene Mischfinanzierung.

Die weitere Haushaltsplanung hat daran nichts geändert. Die Wirtschaftspläne des Sondervermögens enthalten – genau wie die Einzelpläne des regulären Staatshaushalts – Haushaltsmittel, die die Exekutive zu haushaltswirksamen Handlungen ermächtigen. Neben Ausgabemitteln – der Befugnis, im jeweiligen Haushaltsjahr Ausgaben zu bewirken – sind das insbesondere Verpflichtungsermächtigungen, also die Ermächtigung, rechtliche Verpflichtungen einzugehen, die in künftigen Haushaltsjahren zu Ausgaben führen werden, etwa überjährige Verträge über Rüstungsvorhaben. Betrachtet man nun die 2022 in Anspruch genommenen Verpflichtungsermächtigungen, die 2023 und im Entwurf des Wirtschaftsplans 2024 veranschlagten Verpflichtungsermächtigungen sowie die Ausgabemittel, die nicht lediglich zu deren Abfinanzierung dienen können, gelangt man bereits zu einer Summe von über 100 Milliarden Euro – selbst wenn man Ausgaben für den Schuldendienst außen vor lässt.

Würden sämtliche veranschlagten Haushaltsmittel in Anspruch genommen, käme es in der Tat zur Überzeichnung. Die jetzt beschlossene Änderung des BwFinSVermG ist dafür nicht nötig, begünstigt sie aber, weil durch die breitere Zwecksetzung mehr Vorhaben im Rahmen Sondervermögen angestoßen werden können. Für die Bundesregierung ein offensichtlicher Vorteil: Sie kann mehr Vorhaben beginnen, die mangels ausreichender Ausgabemittel im regulären Haushalt gegenwärtig nicht realisierbar wären – was Ausrüstungslücken schließen hilft und die Erreichung des zwei-Prozent-Ziels erleichtert. Die dadurch aus dem Sondervermögen nicht vollständig finanzierbaren Restverpflichtungen belasten künftige Bundeshaushalte, zusätzlich zum Schuldendienst für die 100 Milliarden Euro.

Die Überzeichnung ist wohl noch nicht eingetreten – die bisher eingegangenen Verpflichtungen werden sich nach Angaben von Verteidigungsminister Pistorius zu Jahresende 2023 auf zwei Drittel des Finanzrahmens von 100 Milliarden Euro belaufen – zumal der Haushaltsgesetzgeber mit der 25-Millionen-Vorlage (§ 5 Abs. 3 BwFinSVermG) ein Steuerungsinstrument in der Hand behält. Haushaltsmittel dürfen aber bereits nur veranschlagt werden, wenn die entsprechenden Ausgaben und Verpflichtungen tatsächlich zu erwarten sind, eine Veranschlagung „auf Vorrat" ist nicht zulässig (§§ 11 Abs. 2, 113 S. 1 BHO, mittelbar auch Art. 110 GG). Mit der Veranschlagung muss also die tatsächliche Erwartung entsprechender Ausgaben bzw. Verpflichtungen verbunden sein, so dass sich bereits hier die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Überzeichnung stellt.

Der öffentlichen Vorstellung von der Funktionsweise des Sondervermögens dürfte diese Vorgehensweise in der Tat kaum entsprechen. Nicht jede haushaltspolitische Unstimmigkeit begründet aber einen Verfassungsverstoß – dafür bedürfte es der Verletzung eines im Grundgesetz verankerten Haushaltsgrundsatzes. Ein solcherart entgegenstehender Haushaltsgrundsatz lässt sich nicht identifizieren. Das überrascht letztlich auch nicht, denn das Budgetrecht des Bundestags als zentraler, hinter Art. 110 GG stehender Grundgedanken des Haushaltsverfassungsrechts wird durch die Vorgehensweise nicht beeinträchtigt – weder hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis des derzeitigen Haushaltsgesetzgebers noch hinsichtlich seines Entscheidungsspielraums in der Zukunft:

Der Wirtschaftsplan für das Sondervermögen wird ebenso wie der allgemeine Haushaltsplan mit dem Haushaltsgesetz festgestellt (§ 5 Abs. 1 S. 4, 5 BwFinSVermG). Die im Sondervermögen ausgebrachten Verpflichtungsermächtigungen unterliegen also für die Gegenwart keiner geringeren demokratischen Legitimation durch den Bundestag als der allgemeine Haushalt. Zwar trifft es zu, dass durch eine potentielle Überzeichnung des Sondervermögens langfristig Mehrbelastungen für den Bundeshaushalt entstehen, der Haushaltsgesetzgeber somit seinen Entscheidungsspielraum in der Zukunft einengt. Diese Vorfestlegung für die Zukunft ist aber eine prinzipielle Eigenschaft von Verpflichtungsermächtigungen, unabhängig davon, ob sie in einem Sondervermögen oder im regulären Staatshaushalt ausgebracht werden: Sie ermächtigen zur Begründung verpflichtender Ausgaben in der Zukunft, ohne dass sie – anders als Ausgabemittel für das gegenwärtige Haushaltsjahr – einer Begrenzung auf die erwarteten Einnahmen des Haushaltsjahrs (Art. 110 Abs. 1 S. 2 GG) unterliegen. Verpflichtungsermächtigung sind deshalb generell „ein notwendiges, aber nicht ungefährliches Haushaltsinstrument" (so zum bayerischen Haushaltsrecht Haferkorn/Michl-Wolfrum, Bayerisches Haushaltsrecht, Oktober 2023, Erl. Nr. 7 zu Art. 11 BayHO). Jeder Verpflichtungsermächtigung wohnt eine Beschränkung des Demokratieprinzips durch die Bin-

dung des künftigen Haushaltsgesetzgebers inne. Sie wird hingenommen, weil die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ohne das Eingehen von überjährigen Verpflichtungen nicht möglich ist – im allgemeinen Haushalt nicht anders als in Sondervermögen. Der Haushaltsgesetzgeber hätte entsprechende Verpflichtungsermächtigungen statt im Sondervermögen also auch unstreitig zulässig im regulären Einzelplan 14 ausbringen können. Dass er sie stattdessen im Wirtschaftsplan des Sondervermögens veranschlagt hat, ergibt für den künftigen Entscheidungsspielraum des Haushaltsgesetzgebers keinen Unterschied.

Auch ein Verstoß gegen die Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3, 115 Abs. 2 GG) liegt nicht vor – obwohl Verpflichtungen entstehen, die den Umfang der in Art. 87a Abs. 1a GG vorgesehenen Kreditermächtigungen überschreiten. Die Schuldenbremse limitiert die Möglichkeit der Einnahmegenerierung durch Kreditaufnahme, sie begrenzt nicht das Eingehen von Verpflichtungen zu zukünftigen Ausgaben. Zwar ist es plausibel, dass das Demokratieprinzip der Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigung dort eine Grenze setzt, wo sie zu erdrückenden, in der Zukunft nicht mehr seriös finanzierbaren Ausgabepflichten führen würden. Diese Grenze ist aber wiederum unabhängig vom Ort der Veranschlagung und es gibt keine Anhaltspunkte, dass sie gerade hier überschritten wäre. Soweit die besonderen Kreditermächtigungen des Sondervermögens nicht zur vollständigen Finanzierung der dort eingegangenen Verpflichtungen ausreichen, wird die Bundesrepublik sie in der Zukunft aus dem allgemeinen Haushalt, dann unter Einhaltung der Schuldenbremse, abfinanzieren müssen. Nachdem schließlich auch Art. 87a Abs. 1a GG selbst eine Überzeichnung des Sondervermögens nicht verbietet (dazu bereits ein Sachstand des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags), ist die kritisierte „Mischfinanzierung“ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden – auch hier ist damit kein Argument gegen die sie erleichternde Zweckänderung zu gewinnen.

Bedingt finanzierungsbereit

Die zum Teil vehemente Kritik an der Zweckänderung des Sondermögens lässt sich also rechtlich nicht fundieren. Die Problematik legt indes den Finger in die politische Wunde des Sondervermögens: Die Zielsetzungen für die Bundeswehr – kriegstüchtige Streitkräfte, Rückgrat der Abschreckung und kollektiven Verteidigung in Europa bis hin zur größten konventionelle Armee im Rahmen der Nato in Europa – passen mit ihrer haushaltsmäßigen Ausstattung nicht recht zusammen. Nach allen Schätzungen dürften die in den kommenden Jahren im Einzelplan 14 und im Sondervermögen veranschlagten Mittel auch in Kombination nicht ausreichen, den Bedarf zu decken – der Jahresbericht 2022 der Wehrbeauftragten spricht bereits von 300 Milliarden Euro zum Ausgleich existierender Fehlbestände (S. 8). Die Ausdehnung der einfachgesetzlichen Zweckbestimmung des Sondervermögens erleichtert die kurzfristige Schließung von Lücken und die zeitweise Erfüllung des zwei Prozent-Ziels. Die aus dieser Verlagerung entstehenden künftigen Finanzierungslasten verschärfen aber zugleich das grundlegende Problem des Verteidigungshaushalts – die langfristige Finanzierung leistungsfähiger Streitkräfte, neben allen weiteren fundamentalen Zukunftsaufgaben des Staates, ist trotz Sondervermögen völlig offen.

Philipp Austermann

Im Parlamentsrevier

Hat die Bundestagspolizei eine gesetzliche Grundlage – oder muss die erst noch geschaffen werden?

doi: 10.17176/20231219-111233-0

Die Bundestagspräsidentin[1] übt nach Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG das Hausrecht und die Polizeigewalt in den Gebäuden des Bundestages aus. Beide Befugnisse gehören zum Kernbestand der Parlamentsautonomie, also des Rechts des Parlaments, seine (grundlegenden) Angelegenheiten selbst zu regeln und wahrzunehmen. Um die Polizeigewalt durchsetzen zu können, verfügt der Bundestag als einziges deutsches Parlament über eine eigene Polizei, für die Bundestagspräsidentin nun eine transparente und detaillierte Rechtsgrundlage schaffen möchte. Trotz vieler Vorzüge wäre ein solches Gesetz verfassungswidrig.

Eine Verfassungsvorschrift als Aufgaben- und Befugnisnorm

Die Bundestagspolizei schützt das Parlament vor Eingriffen der Exekutive und der Judikative sowie sonstiger Dritter und sichert die Funktionsfähigkeit (Arbeitsfähigkeit) des Bundestages, vor allem die Freiheit seiner Willensbildung. Das Hausrecht und die Polizeigewalt sind nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG voneinander zu unterscheidende, eigenständige Befugnisse der Bundestagspräsidentin. Der Bundestag darf ihr keine Vorgaben machen und Hausrechts- oder Polizeimaßnahmen ändern oder aufheben. Die Polizeigewalt – um die es im Folgenden gehen soll[2] – ist öffentlich-rechtlicher Natur. Die Polizei beim Deutschen Bundestag ist die kleinste Polizei des Bundes. Sie übt die Polizeigewalt im Auftrag und unter Aufsicht der Bundestagspräsidentin aus.

Ohne Zweifel definiert Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG die Polizeigewalt als Aufgabe. Aber ist sie auch eine Befugnisnorm? Eine vereinzelt vertretene Auffassung verneint dies. Das BVerfG hat die Frage offengelassen (BVerfGE 154, 354 Rn. 42, 45, 48.). Die herkömmlich, noch heute bei weitem herrschende Meinung geht hingegen zu Recht davon aus, dass Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG auch eine Befugnisnorm ist.[3] Der Bundestag teilte diese Meinung bislang. Die Gegenansicht bestreitet den Charakter als Befugnisnorm und verlangt eine parlamentsgesetzliche Regelung der Befugnisse der Bundestagspolizei.[4]

Die herrschende Meinung überzeugt, weil das Grundgesetz – anders als etwa beim Wahlrecht oder Abgeordnetenrecht (Art. 38 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 3 GG) – dem Bundesgesetzgeber nicht aufträgt, „das Nähere“ zu regeln.[5] Die Bundestagspolizei kann sich somit für ihr Eingriffshandeln auf die Verfassung selbst stützen. Über die Reichweite der Befugnisse besagt der Wortlaut des Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG nichts. Sie können zum einen aus dem Begriff „Polizei“ und zum anderen aus dem Normzweck hergeleitet werden. Der Normzweck liegt darin, die Funktionsfähigkeit des Bundestages sicherzustellen. Der Begriff „Polizei“ verweist richtiger Ansicht nach auf den sog. materiellen Polizeibegriff.[6] Die Polizeigewalt umfasst damit alle Befugnisse, die zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in den Bundestagsgebäuden erforderlich sind. Damit sind die in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder im wesentlichen

[1] Da der Bundestag in der laufenden 20. Wahlperiode eine Präsidentin hat, wird im Folgenden nur die weibliche Form der Amtsbezeichnung verwendet. Für einen männlichen Präsidenten gelten die Aussagen dieses Beitrages natürlich genauso.

[2] Näher zum Hausrecht Austermann, JURA 2023, 419 ff.

[3] Vgl. statt vieler Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 40 Rn. 171; Brocker, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 265; Austermann/Waldhoff, Parlamentsrecht, 2020, Rn. 338.

[4] So Ramm, NVwZ 2010, 1461 (1465 f.); Friehe, DÖV 2016, 521 (522 ff.); Riegel, Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes und der Länder, 1991, S. 3.

[5] Vgl. Raue, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 10 Rn. 54.

[6] Vgl. statt vieler Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 40 Rn. 152.

[7] Vgl. Brocker, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 52.

übereinstimmenden Grundsätze des deutschen Polizeirechts maßgebend.[7] Die nicht bekannt gemachte oder anderweitig veröffentlichte „Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst beim Deutschen Bundestag“ (DA-PVD) – eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift (vgl. BVerfGE 154, 354 Rn. 43; unter der dortigen Rn. 3 finden sich einige Vorschriften der DA-PVD) – orientiert sich nach Aussage des Bundestages an dem Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz und sieht Eingriffsbefugnisse vor, die mit denen der Polizeigesetze der Länder und des Bundespolizeigesetzes weitgehend übereinstimmen. Maßnahmen, die grundsätzlich besonderen Ordnungsbehörden, z.B. im Bereich des Bau- oder Gewerberechts, vorbehalten sind, erfasst die Polizeigewalt nur, wenn die verfassungsgemäße Aufgabenwahrnehmung des Parlaments (ausnahmsweise) berührt ist.[8] Repressive Maßnahmen nach StPO oder OWiG sind der Bundestagspolizei grundsätzlich verboten,[9] da die Polizeigewalt nur präventive Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die Funktionsfähigkeit des Bundestages umfasst. Ob die Bundestagspolizei gleichwohl die Befugnisse nach § 127 Abs. 2 und § 163 StPO besitzt, ist umstritten, aber zu bejahen.[10] Der Polizeigewalt ist grundsätzlich jeder unterworfen, der sich in den Bundestagsgebäuden aufhält, zutreffender Auffassung nach auch Abgeordnete während der Plenarsitzungen.[11] Polizeiverfügungen und Polizeirechtsverordnungen können durch Zwangsmittel gemäß §§ 6 ff. VwVG und § 1 Abs. 1, § 6 Nr. 1 UZwG durchgesetzt werden.[12] Andere Polizei-, Strafverfolgungs- oder Verwaltungsbehörden, dürfen zum Zwecke der Gefahrenabwehr in den Bundestagsgebäuden nur im Wege der Amtshilfe auf Anforderung und auf Weisung der Bundestagspräsidentin oder bei Gefahr im Verzug tätig werden[13] – also dann, wenn ausnahmsweise die Mittel der Bundestagspolizei nicht ausreichen.

Die Idee eines Bundestagspolizeigesetzes

Der traditionelle und rechtlich überzeugende Verweis auf Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG scheint aber manchen nicht mehr zu genügen. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit hat eine parlamentsgesetzliche Normierung der datenschutzrelevanten Befugnisse schon mehrfach verlangt (z.B. hier, S. 228, und hier, S. 59). Nach einer Äußerung der Bundestagspräsidentin soll der Entwurf eines „Bundestagspolizeigesetzes“ den Fraktionen übermittelt und vom Bundestag verabschiedet werden. Die Bundestagspräsidentin argumentiert mit einem erhöhten Schutzbedürfnis des Parlaments. Und tatsächlich gab es in den letzten Jahren den versuchten Sturm auf den Reichstag oder bei Störaktionen von Corona-Leugnern im Gebäude, die einen erhöhten Schutzbedarf zeigen. Ob der Entwurf hierauf eingehen und welche Lösungen er präsentieren wird, lässt sich nicht sagen, weil er der Öffentlichkeit derzeit noch nicht vorliegt. Unabhängig davon ist ein Bundestagspolizeigesetz verfassungsrechtlich wie gesehen nicht geboten. Die Zuständigkeit des Bundes lässt sich als eine an Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG anknüpfende Annexkompetenz einstufen[14] und somit zweifellos bejahen.

Ein Bundestagspolizeigesetz hätte mehrere Vorzüge: Erstens würde sich der Rechtsstreit um die Befugnisnormen der Bundestagspolizei erledigen. Das würde die Legitimation ihrer wichtigen Arbeit erhöhen. Zweitens könnte jedermann – anders als bisher – die Handlungsgrundlagen und Eingriffsbefugnisse der Bundestagspolizei genau nachvollziehen. Drittens bestünde die Möglichkeit, die aktuellen Entwicklungen des Polizeirechts in das Bundestagspolizeigesetz einfließen zu lassen. Hierzu könnten die bisher in der DA-PVD und die im BPolG genannten Befugnisse abgeglichen werden. Viertens könnte die Zusammenarbeit mit anderen Polizeibehörden des Bun-

[8] Wie hier Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 40 Rn. 152; Brocker, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 262; a.A. Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, S. 125.

[9] Vgl. Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 40 Rn. 152; Ramm, NVwZ 2010, 1461 (1463).

[10] Wie hier Riegel, Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes und der Länder, 1991, S. 3; Köhler, DVBl. 1992, 1577 (1584); a.A. etwa Ramm, NVwZ 2010, 1461 (1463 f.).

[11] Vgl. Brocker, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 40 Rn. 249 f.; StGH Baden-Württemberg, NJW 1988, 3199 (3200); a.A. (Verdrängung der Polizeigewalt durch die Ordnungsgewalt des sitzungsleitenden Präsidenten) Blum, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, § 21 Rn. 36; Ramm, NVwZ 2010, 1461 (1463).

[12] Vgl. Köhler, Die Rechtsstellung der Parlamentspräsidenten in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 269.

[13] Vgl. etwa Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 40 Rn. 150, 155.

[14] Ähnlich Raue, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, § 10 Rn. 54: Annexkompetenz zur Eigensicherung des Bundestages.

des und der Länder eindeutig geregelt werden. Der Informationsaustausch ist gerade angesichts gestiegener Anforderungen an die Gefahrenabwehrbehörden so wichtig wie nie. Vielleicht könnte sogar der Informationsaustausch mit den Ämtern für Verfassungsschutz vorgesehen werden. Fünftens könnten die bisherigen Zweifels- oder Streitfragen durch ausdrückliche Normierung geklärt werden: Zunächst könnte durch eine ausdrückliche Bestimmung des Adressatenkreises des Gesetzes unter anderem klargestellt werden, dass die Abgeordneten auch während der Plenarsitzungen der Polizeigewalt (und nicht etwa nur der Ordnungsgewalt) unterliegen. Das Bundestagspolizeigesetz sollte außerdem vorsehen, dass der Bundestagspolizei die Rechte nach § 127 Abs. 2 und § 163 StPO zustehen. Des Weiteren könnte es hinsichtlich des Vollzuges auf §§ 6 ff. VwVG und § 1 Abs. 1, § 6 Nr. 1 UZwG verweisen.

Aber: Der Bundestag darf ein solches Gesetz nicht erlassen, da Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG die Polizeigewalt allein der Bundestagspräsidentin zuweist. Ein Gesetz ist damit ausgeschlossen – so sinnvoll es auf den ersten Blick und aus den genannten Gründen auch erscheinen mag.

Alice Briegleb, Antoine De Spiegeleir

From Urgenda to Klimaatzaak

A New Chapter in Climate Litigation

doi: 10.17176/20231205-104328-0

On November 30, 2023, the Brussels Court of Appeal handed down its ruling in *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium & Others*, commonly known as "the Belgian climate case." The ruling is clear: Belgian authorities failed to participate adequately in the global effort to curb global warming, and they must imperatively reduce their emissions. Partially reversing the first instance judgment, the Court of Appeal not only found in favor of the plaintiffs but also imposed binding minimum greenhouse gas (GHG) emissions reduction targets to be achieved by 2030, thereby following in the footsteps of the Dutch *Urgenda* case.

Subscribing fully to Matthias Petel and Norman Vander Putten's sharp analysis of how this litigation saga embodies tensions between climate justice and the separation of powers, we wish to highlight three remarkable aspects of the case. After quickly summarizing the first instance judgment and last week's ruling, we begin by touching on the elephant in the (court)room: the articulation of the available scientific evidence with the limits of courts' power of review and injunction. Then, we say a word about the Brussels Court of Appeal's thorough application of European human rights law. We finish by deploring, as did the Court, Belgian federalism's inefficiencies.

Birth of the Case and Klimaatzaak's First Instance Win

In 2015, the non-profit organization *Klimaatzaak* ("climate case" in Dutch), together with about 60,000 private individuals, filed a lawsuit against Belgian public authorities for their insufficient climate action. Because of the complex distribution of competences among public authorities in Belgium, the case involved four public defendants: the Belgian federal government as well as the governments of the regions of Flanders, Wallonia, and Brussels. A third-party intervention request was also introduced on behalf of more than a hundred trees with long lifespans, whose "livelihood" was said to be negatively impacted by these governments' inaction. In their final written submissions, the plaintiffs sought an injunction directing the governments to reduce GHG emissions by 48% or at least 42% by 2025 and by 65% or at least 55% by 2030.

In so very typically Belgian fashion, the case was delayed by a few years because of a conflict relating to the proper language to be used in the procedure (French or Dutch), which went all the way to Belgium's highest judicial organ, the Court of Cassation, only for the original language choice to be confirmed (French). Eventually, on June 17, 2021, the Tribunal of First Instance of Brussels ruled in partial favor of the plaintiffs. It found the action admissible both with regard to *Klimaatzaak* as an environmental non-governmental organization and with regard to the tens of thousands of individual co-plaintiffs, pointing out that they all have a personal, direct interest in the claim brought. However, the arboreal third-party intervention request was declared inadmissible, seeing as Belgian law, as it stood and still stands, does not grant legal personality to nature.

The Tribunal of First Instance proceeded to find all four governments in breach of Article 2 (right to life) and Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights as well as Article 1382 and 1383 of the (former) Belgian Civil Code (extra-contractual liability) by failing to take meaningful climate action. However, the Tribunal refused to impose binding GHG emissions reduction targets, arguing that imposing such targets would breach the principle of the separation of powers. Victory for *Klimaatzaak*, thus, but a Pyrrhic one.

Another Win on Appeal for Klimaatzaak, Wallonia off the Hook

Both plaintiffs and defendants lodged an appeal against the 2021 judgment. Last week, the Brussels Court of Appeal found once again that three of the four defendants had failed to take sufficient climate action and, as a re-

sult, that they had breached Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights and Article 1382 and 1383 of the former Belgian Civil Code. Still, a striking difference with the first instance ruling is the government of Wallonia's remarkable lack of condemnation. The Court considered that Wallonia's compliance with its obligations to date, having met its past targets and enshrined the 55% reduction target for 2030 in a draft decree (to be adopted shortly), meant that this Region did in fact comply with its obligations under Belgian, European, and international law.

Additionally, and contrary to what was decided in first instance, the Court of Appeal imposed a binding minimum emissions reduction target on the defendant in the form of a quantified injunction. The federal government and the governments of the regions of Flanders and Brussels were ordered to reduce their GHG emissions by at least 55% compared to 1990 levels by 2030 at the latest. This is less than the 61% reduction requested by the plaintiffs, but more than the 47% reduction that Belgium is currently required to achieve under the "FIT for 55" program, a package of measures by the European Union designed to reduce the Union's GHG emissions by 55% by 2030 (see Annex 1 of Regulation 2018/842, as most recently modified by Regulation 2023/857).

To reach this decision, the Court of Appeal formulated a number of noteworthy considerations relating to the scientific consensus on anthropogenic climate change, the international and European climate change regime, and the "translation" of this regime into the Belgian legal system. In the remainder of this brief post, we address three notable aspects of the ruling: the articulation of the available scientific evidence with the need to respect the principle of the separation of powers in imposing binding targets; the detailed application of the European Convention of Human Rights; and the need for proper cooperation between public authorities in a federal state.

Scientific Evidence, Separation of Powers, and Binding GHG Emissions Reduction Targets

Much of the ruling consists of a long-winded justification of why the 55% target eventually imposed by the Court is not some sort of judicial overreach, as was argued extensively by the defendants, but in fact mandated by Belgian, European, and international law as well as the available scientific evidence. Instead of prohibiting the imposition of a binding target, the principle of the separation of powers served as one of the factors used by the Court to determine the exact minimal amount of GHG emissions reduction defendants should be bound to comply with. This is where the ruling strays furthest away from the first instance judgment, although not as much as the plaintiffs would have hoped. They had contended that the most equitable assessment should take into account Belgium's historical responsibility in the global climate change crisis. Relying notably on a study of the Grantham Institute entitled "Belgium's national emission pathway in the context of the global remaining carbon budget," the plaintiffs had asked the Court to impose an 81% reduction target; alternatively, they had asked for a 61% target for 2030 compared to 1990 levels based on another approach called "grandfathering," according to which prior emissions increase future emission entitlements. The Court insisted on limiting its power of review and injunction to the "*minimum minimorum*" reduction threshold, and concluded it consists of the 55% of GHG emissions reduction eventually ordered.

Strasbourg s'invite à Bruxelles

Echoing the first instance ruling, the Court of Appeal found that three of the four defendants had breached Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights by failing to take sufficient climate action. The seventy-eight paragraphs the Court spent on this issue provide a telling illustration of the percolation of Strasbourg case law down the legal systems of the member states of the Council of Europe. Of particular interest to Strasbourg observers will be the Court's detailed analysis of states' positive obligations under Article 2, which, combined with all the available scientific evidence, required Belgian public authorities to take appropriate measures between 2013 and 2020 to reach a minimum GHG emissions threshold of 25%, revised to 30% by 2018 at the latest, and, between 2020 and the day of the ruling, to take appropriate measures to reach a minimum GHG emissions threshold of 55%. Conversely, we can deplore the somewhat abrupt transfer of the Court's conclusions under Article 2 of the Convention to the analysis of Article 8. These considerations are all the more significant in light of the several climate change cases currently pending before the European Court of Human Rights. We wonder what impact, if any, the Brussels Court's application of the European Convention will have on the Euro-

pean Court of Human Rights' delicate balancing exercise in these cases.

Oops They Did(n't) Do It Again: Belgian Federalism or Hide and Seek à la belge

The plaintiffs levelled a two-fold criticism at the four defendants. They alleged that the defendants not only fell short of doing their part in the global efforts to mitigate the climate crisis by taking appropriate measures to limit GHG emissions, but also failed to cooperate "healthily and loyally" to develop a proper system of climate governance at the national level. This second point of criticism has to do with the peculiar architecture of the Belgian state. Since Belgium's three communities and three regions have legislative and executive powers on an equal footing with those of the federal government in the subject matters attributed to them throughout a series of constitutional reforms since the 1970s, these various entities are often compelled to collaborate in order to regulate cross-cutting issues somewhat coherently.

Climate change is a textbook example of such an issue, which is why both the federal government and the governments of Belgium's three regions were defendants in this case. Already in first instance, the defendants had attempted to justify (part of) their inaction by pointing at the complexity of the Belgian legal system and their dependence on (difficult) negotiations among various public authorities. The Tribunal of First Instance was not impressed and recalled that "the federal structure does not exempt the federal State or the federated entities from their obligations, whether domestic, European or international" (page 74 of the Judgment of June 17, 2021 (translated from the original French)).

Similarly, the Court of Appeal strongly opposed all attempts by the defendants to shy away from their responsibilities by blaming another entity or relying on the complexity of the distribution of competences among public authorities in Belgium. It found that Belgian authorities had clearly failed to cooperate loyally on this issue. This is convincing, though one is left wondering about the ambiguous status of the government of Wallonia: although spared a condemnation in light of the efficacious measures it adopted and objectives it set itself for 2030, Wallonia remains responsible for cooperating loyally with other entities, and thus also jointly responsible (if not sanctioned) for their failure to do so (see esp. para. 248 of the ruling).

Concluding Remarks: Stellar Example of Judicial Craftmanship

All in all, the Brussels Court of Appeal's ruling is sure to make waves in Belgium and beyond—Flemish Environment Minister Zuhal Demir already hinted she would refer the case to the Belgian Court of Cassation. Building on the *Urgenda* momentum, its unambiguous condemnation of Belgian authorities' inaction in the face of the climate crisis leaves little to the imagination. The issuance of a quantified injunction should give hope to climate action proponents. For the most skeptical among them, the Court's intention to review the measures taken by the defendants to comply with the ruling in a year's time is a reassuring sign of the actual possibility of holding public power to account. To conclude our brief overview of this significant milestone for the climate action movement, we cannot but applaud the quality of the Court's drafting. Although more than 160 pages long, the ruling is exemplary in its structure, legibility, and overall clarity. Extensive references to (almost exclusively French-speaking) scholarship and (mostly German) foreign case law are sure to please the Court's readers, and for good cause. Should more judges across the globe follow the example of their Brussels colleagues, the climate litigation movement may well end up delivering on its promises.

Matthias Petel, Norman Vander Putten

The Belgian Climate Case

Navigating the Tensions Between Climate Justice and Separation of Powers

doi: 10.17176/20231205-104248-0

On November 30, the Brussels Court of Appeal rendered a landmark decision in the climate case brought by "Klimaatzaak" ("climate case" in Dutch) against Belgian public authorities (the federal and the three regional governments). In this decision, the court found the federal authority and the Brussels and Flemish regions' climate action to be in violation of Articles 2 and 8 of the ECHR and of their duty of care, and imposed a minimal GHG reduction target to be reached by Belgian authorities for the future.

In the first instance, the tribunal had considered that the four governments' poor results in terms of greenhouse gas (GHG) emissions and policy coordination constituted a violation of their duty of care and human rights obligations (under articles 2 and 8 of the ECHR). However, in the first instance, the judge did not issue an injunction mandating governments to elevate their climate targets in light of climate science, citing concerns related to the separation of powers. The decision acknowledged faulty behaviors but asserted that it lacked legal authority to grant a remedy. This triggered the decision of Klimaatzaak to appeal the decision. The scope and limits of the judiciary dealing with climate concerns vis-à-vis the other branches were once again a central point of contention in the recent ruling. This time, however, the appeal court went further by imposing quantified targets: three authorities were found liable (the Federal, the Brussels and the Flemish governments) and must collaborate to reduce the overall volume of annual territorial GHG in Belgium by at least 55% by 2030 compared to the levels in 1990.

In their blogpost, Alice Briegleb and Antoine De Spiegeleir provide a clear overview of the case, exploring its previous stages and insisting on the continuing failures of the Belgian climate governance and its complex federal structure. We focus on our part on how the decision makes it clear that the climate justice movement is now confronted with the tension between the legally required and the ethically desirable parameters of climate effort distribution.

Judging past climate action in light of human rights obligations

After setting the scene by briefly recalling the state of climate science and thoroughly listing the different climate objectives and reduction efforts results at various levels, the court examines the plea related to Articles 2 and 8 ECHR. In that context, it first and foremost rejects the relevancy of the argument that Belgium's climate action, when considered in isolation, would necessarily remain insufficient to avert dangerous climate change. The limited contribution of Belgian emissions to the overall volume of emissions does not absolve governments from fulfilling their positive human rights obligations (§160).

Put differently, the global scope of climate change does not serve as an excuse for national authorities: human rights dictate that each country must contribute its "fair share" to mitigate climate chaos. Notably, the court references both the Dutch Supreme Court's decision in Urgenda and the German Constitutional Court's ruling in Neubauer to reinforce the argument. Judicial dialogue on the European continent is alive and kicking.

To determine whether public authorities took sufficiently appropriate and reasonable measures in light of the most robust knowledge available at the time, the court meticulously scrutinized the climate action undertaken between 2013 and 2020, evaluating its outcomes and comparing them against the benchmarks established by climate science during that period. Indeed:

> "It is only by analysing GHG reduction objectives that have been set and by verifying the results that have been achieved that it is possible to assess the extent to which the right to life and to respect for private and family life has been sufficiently safeguarded. […] the setting of an inadequate objective coupled with results which are also inadequate constitute, in that context, a sufficient presumption that the public authorities did not take appropria-

> te measures to prevent the realisation of the serious and imminent risk of which they were aware, and thus infringed Articles 2 and 8 of the ECHR, unless they can establish that those measures constituted a disproportionate burden" (§163, our translation)

During this 2013-2020 period, the court contends that compelling scientific evidence available at the time unequivocally dictated that the protection of fundamental human rights necessitated authorities to achieve, at a minimum, a 25% reduction in greenhouse gas (GHG) emissions compared to 1990 levels by 2020, a target that was politically endorsed at the COP13. Furthermore, the 2018 IPCC report should have prompted authorities to elevate this target to at least 30% after its publication. The federal government and two of the three regions (the Flemish Region and the Brussels-Capital Region) fell short of achieving sufficient outcomes in terms of GHG reduction (§179-182). Interestingly, the court notes that the Covid-crisis artificially lowered emissions and that this "Covid effect" should therefore not be taken into consideration for evaluating those specific years. Furthermore, in the light of recent data that were not available prior to the first instance judgement, the condemnation does not apply to Wallonia, one of the three Belgian regions, as it successfully persuaded the judges of its commitment to align policies with climate science, showcasing a notable 38.5% reduction in greenhouse gas emissions in 2020 compared to 1990 levels.

Setting climate targets for the future: the battle of the effort sharing parameters

The decision then extends beyond past results, probing whether future climate targets are aligned with human rights. In contrast to the first judgement in the case, the court of appeal issued a specific injunction, mandating a reduction of at least 55% in overall emissions by 2030 relative to 1990 levels. Remarkably, the court asserts that *judicial* climate target setting is compatible with the separation of powers. However, this principle imposes limitations on the target level the judge can set. Specifically, the court maintains that "the principle of separation of powers prohibits the court from determining a GHG reduction rate that it would deem desirable or equitable in the light of Belgium's historical responsibility" (§190, our translation). In simpler terms, the court considers that it may only set a 2030 climate target that derives from the least constraining burden-sharing key of the global 1,5° climate objective in which Belgium would "do its part".

In particular, the court rejects the demand formulated by the plaintiffs for a higher target of "at least 61%", emphasizing separation of powers concerns. To substantiate their claims, the plaintiffs lean on a study by Joeri Rogelj from the Grantham Institute, titled "Belgium's national emission pathway in the context of the global remaining carbon budget", published in March 2023. In his study, Rogelj takes the global residual carbon budget established by the IPCC's 6th Assessment Report, which gives a two-in-three chance of meeting the threshold of a dangerous global warming of 1.5°C, *i.e.* 400 GtCO2, and deduces from it, according to different distribution methods, the remaining carbon budgets for Belgium. If we adopt the criterion of equal per capita emissions, advocating for a fair distribution where each individual worldwide shares an identical carbon budget, Belgium's required reduction stands at a substantial 81%, factoring in its historical contributions. Although this approach aligns most closely with equity concerns, the study introduces an alternative, less congruent with global climate justice, known as "grandfathering". This method posits that past emissions amplify future emission entitlements. Pursuing this avenue, the study suggests a reduction target of -61% for Belgium. According to the plaintiffs, this figure represents the absolute minimum imperative to effectively address the climate emergency, surpassing any realm of political discretion (for a comparison, see the Urgenda case, § 7.3.3).

This argument convinced the court: it considered that "grandfathering" is indeed a judicially appropriate allocation mechanism since it does not rely on contentious equity considerations. Why, then does the court refuse to set the target at -61%? The court's rationale becomes clearer when examining the study's underlying premise that authorities should aim for a two-thirds (67%) probability of limiting climate change to 1.5°C. This premise significantly influences the calculation of the global carbon budget, creating variations between a one-in-two chance scenario (resulting in a 500 GtCO2 budget) and a two-in-three chance scenario (limiting the budget to 400 GtCO2). Notably, the court highlights a lack of scientific consensus on this assumption, emphasizing that IPCC reports consider both a two-in-three probability and a 50% probability. It, therefore, opted for the second parameter

when establishing Belgium's minimal effort.

In conclusion, separation of power does not prevent the judiciary from setting mandatory targets for political authorities, but it does play a role in setting the magnitude of those targets. In particular, the court considers that it can only oblige authorities to pursue the "minimal contribution" according to the scientific consensus (*i.e.* IPCC reports) and political consensus on the international stage (as reflected in COPs). Authorities can – and probably should – go further than that, but this is beyond judicial reach. The judge can set a floor, not a ceiling. This implies that considerations of equity are excluded from the process of letting the judiciary define climate targets. Discussions on global justice are deemed politically contested and, therefore, fall outside the realm of judicial intervention. This reveals a tension between the judicialization of climate struggles and the demands for climate justice.

Back to the EU's climate law?

The plaintiffs spent much effort to demonstrate why the EU's climate policy should not be a reference. They framed the case as a violation of Articles 2 and 8 and of duty of care rather than as a violation of a legally binding EU climate target. Doing so made the court discuss human rights obligations much more than the first instance tribunal did. In the end, however, it is the 55% reduction target that represents the authorities' minimal contribution according to the scientific consensus, consequently serving as the maximal injunction a judge can bestow upon the plaintiffs. Ironically, this target represents the legal objective set up at the EU level. As a result, while the court considers that it is not bound to EU law when evaluating climate objectives to settle human rights matters (§161), it eventually reasserts the 55% target set in the EU's climate law without giving weight to the objectives assigned specifically to Belgium. Future will tell whether the judges' reasoning will hold: the Flemish minister of environment already announced its intention to challenge this judgement before the Court of Cassation.

Karolina Kocemba

Not Just Abortion

Converging Human Rights and the Rule of Law in the European Court of Human Rights

doi: 10.17176/20231221-111219-0

On 14 December 2023, the European Court of Human Rights ("ECHR") ruled in the case M.L. v. Poland. The ECHR decided that the restrictions on abortion rights that Poland had violated Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights ("Convention"). The judgment is one more step and, surely, not the last in the rather intense battle over abortion law in Poland. On 22 October 2020, the Polish Constitutional Court ("CC") restricted the already narrow right to abortion in Poland. The CC's decision resulted from right-wing legal mobilization, and it ignited counter-mobilization by women's rights advocate groups that turned to the ECHR for protection. The 14 December decision is thus the result of a string of mobilizations within which NGOs, populist power, law and religion, constitution, and the rule of law clash. However, contrary to the hopes of the initiators of the case, this is not a European Roe v. Wade moment. The ECHR again refused to affirm that Article 8 can be interpreted as conferring a right to abortion, as it did in the case of A., B., and C. v. Ireland. Nevertheless, the ECHR made significant findings regarding rule of law violations and claimed that the Polish CC did not meet the requirements of an independent court. Thereby, the ECHR indicated a desirable direction for further reforms in Poland.

Dynamics of legal mobilization against abortion

The judgment of the Polish CC banning abortion on the grounds of fetal abnormalities is one of the most influential and commented on in the history of the court. It caused mass protests across the country, and resulted in a practical abortion ban. Because of the chilling effect, in a few situations, doctors were afraid to terminate pregnancies for fear of criminal consequences. As a result, several women died in the hospitals due to sepsis caused by abortion abandonment. The judgment was the result of years of right-wing legal mobilization, relying on citizens' initiatives, pressure on policymakers and led by fundamentalist organizations with significant support from the Polish Catholic Church. It seems that, at the time, the abortion ban itself was not the goal of the Polish populist government. Changing the abortion law through parliament would have provoked protests and a negative effect on the electoral outcome. Instead, the Law and Justice Party members of parliament decided to switch the parameters of the issue from political to legal and use the CC, packed by judges elected by the party-controlled majority.

After the CC decision, the activists' attention turned to the ECHR. However, any intervention by the ECHR would require recognition that the right to abortion is a human right protected by the Convention, which historically judges have refused to do. Federa, the prominent NGO in the field of reproductive and abortion rights in Poland, initiated a campaign called "Skarga Kobiet" (Eng. Women's Complaint) to direct complaints by Polish women who felt affected by the CC decision. Federa created a webpage where they posted a ready-made template and instructions for filling out the complaint. In effect, women sent more than 1,000 complaints. This was the first complaint in the history of the ECHR to be filed in such large numbers by a social movement coordinated through social media by human rights lawyers. It resulted in two ECHR judgments.

Tale of two ECHR abortion judgments

In the first judgment on 6 June 2023, in the case A.M. v. Poland, the ECHR ruled that eight abortion rights cases were inadmissible. All the applicants did not have to terminate their pregnancies but were afraid that they would not receive adequate medical care from the state if the fetus was found to have defects. ECHR argued that applicants did not provide enough medical evidence, thus, "consequences for the applicants were hypothetical and were too remote and abstract."

The second ECHR judgment, in the case M.L. v. Poland, issued on 14 December2023, also concerned a woman affected by the CC's "abortion judgment." An appli-

cant had an appointment at the hospital to terminate a pregnancy due to a fetal defect (Down's syndrome), which was canceled as CC judgment came into effect. Then, she had to travel to a private clinic in the Netherlands for the procedure. The applicant claimed that this situation violated Article 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment) and Article 8 (right to respect for private and family life). The ECHR found that Poland had violated only Article 8 in this situation. Its decision was based on two arguments – an incorrectly selected panel of the Polish CC and the direct effect of the judgment on the applicant.

In its reasoning, the ECHR emphasized that since the Convention is a constitutional instrument of the European public order, States Parties are obliged to ensure a level of control over compliance with the Convention that at least preserves the foundations of that public order. One of the fundamental components of European public order is the principle of the rule of law, and the entire Convention is inspired by it. The ECHR replicated its reasoning from the judgment Xero Flor vs. Poland of 2021, claiming that the constitutional judges who ruled were elected improperly and illegally, and their presence meant that this judgment was an illegal interference. Arbitrariness and irregularities in the procedure for the selection of constitutional judges have negatively affected the legitimacy of the CC in democratic society, so its decision does not meet the rule of law requirements. Since the CC does not meet the requirements of an independent and impartial court, the judgment of 22 October 2020 cannot be considered to have been made in accordance with the law.

The second main argument of the ECHR was a claim that although the applicant was not a party to the proceedings before the CC, the judgment had a direct negative impact on the applicant, particularly her right to respect for private life. The applicant was, therefore, directly affected by the CC judgment and later legislative change. It was, thus, not a complaint *in abstracto*. The violation was actual and direct. The ECHR also referred to the sociopolitical context and pointed out that the CC's judgment sparked mass protests. Although it should be a standard, the Polish CC, in its judgments on abortion, ignored the real consequences of its judgments. Also, the Polish government in the present case (as a party) indicated that the case did not directly concern the applicant and should not be considered. Thus, ECHR judgment is a reminder on adjudication standards, including consideration of a social context.

The applicant claimed that the CC judgment caused her severe and real emotional suffering, which is a violation of Article 3. Despite the ECHR agreeing it could cause psychological and emotional suffering, it considered the given circumstances were not sufficient to violate Article 3 of the Convention. At the same time, the ECHR still refrained from directly indicating a right to abortion that could set a European standard. Although in the commented case, ECHR claims that "the prohibition of abortion in Poland on the grounds of fetal malformation, where abortion is sought for reasons of health and well-being comes within the scope of the applicant's right to respect for her private life," at the same time stated that "Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion." Right-wing organizations often use this argumentation in the legal mobilization against reproductive rights – for example, in the described case, Ordo Iuris and the European Centre for Law and Justice were third-party interveners and underlined that there is no written right to abortion.

The impact of the ruling

Although the December ECHR judgment is more about the rule of law than abortion itself and does not set a European standard in this area, it may have practical consequences and set the course for the new Polish government.

First of all, the judgment can be an excuse for the new government to liberalize abortion laws. Lawyers representing claimant M.L. and human rights activists Agata Bzdyń and Kamila Ferenc already pointed out at a press conference that Polish abortion law must be changed as soon as possible. Since the ECHR recognized a human rights violation, Poland must ensure that such violations are no longer occurring. Therefore, it is not enough to restore legal abortion in a case of fetal defects as it was before the CC judgment. In their opinion, it is necessary to bring it up to the European standard – to provide access to abortion regardless of the reason until the 12th week of pregnancy. Thus, the ECHR judgment could contribute to the most significant liberalization of abortion law in Poland in 30 years. The government has already commented on the judgment – new Equality Minister Katarzyna Kotula said she is convinced that the judgment shows that Poland must move in the direction of liberalizing abortion law. At the same time, she announced inspections of

hospitals and demanded fines for refusing legal abortions.

A liberalization of abortion law is also expected by Polish society – the CC's judgment, which drastically restricted abortion, not only triggered some of the largest mass protests in Poland since 1989 in 2020 but also unleashed an intense public abortion debate, which may have also led to high support (83.7 percent) for liberalizing the abortion law. Moreover, according to Poland's parliamentary elections exit poll abortion and women's rights were the second most important issues for voters (only the economic situation was more significant), and women's turnout was the highest in history at 73.7 percent.

Secondly, we can interpret the ECHR judgment as a signal to the new Polish government on how it could resolve the problem of the CC as an obstacle to the restoration of the rule of law. After elections, there are ongoing debates on what should be done with the CC – whether to remove judges defectively elected, or leave them, which will ensure their legitimization, and can lead to a blockade of new government changes. The CC has already issued a problematic judgment stating that fines by the Court of Justice of the European Union against Poland violated the constitution. The fines related to the refusal to suspend the Turów mine and the activities of the disciplinary chamber for judges. The CC announced another ruling (in January) on the possibility of dissolving the public media, which scholars and the new government often describe as not independent and propaganda. In the abortion judgment, the ECHR hinted at what to do, and we can interpret it as a signal that the CC composition could be changed again.

Finally, the judgment may be of great value in the doctrinal and theoretical conceptualization of the relation between the rule of law and human rights. The European debate on the rule of law tends to frame the issue through the lens of judicial independence, which can sound somewhat abstract to citizens. Showing the material effects of taking away and limiting a fundamental right through politically controllable courts can stimulate civic identification with the judiciary. In this sense, despite the lack of constitutionalizing of the European right to pregnancy termination, the ECHR's ruling is an important step in the public debate.

Justine Batura

A European Dialogue on Strike Action

The Strike Ban for German Civil Servants between Karlsruhe and Strasbourg

doi: 10.17176/20231221-111231-0

With its decision in *Humpert and others v Germany* of 14 December 2023, the European Court of Human Rights ('ECtHR') settled a long-standing debate: The ban on strikes for German Civil Servants does not violate the rights under the European Convention on Human Rights ('ECHR'). This decision ends the strategic litigating efforts of the applicants and their union to obtain the right to strike for the approximately 1.7 million civil servants in Germany. The judgment is also the culmination of an extraordinarily intense dialogue between Strasbourg and Karlsruhe. Both courts, the ECtHR and the German Federal Constitutional Court ('FCC'), went to great lengths to decide the case before them with diligent consideration of the position of the respective other court. Against this background, I argue that the careful consideration and engagement with ECtHR case law holds potential for the FCC in future controversial cases and should also be born in mind by applicants and litigants in Karlsruhe.

A "Package Deal" for Civil Servants based on the "Traditional Principles" of the Civil Service

Historically, civil servants hold a specials tatus in the German employment market. Their status is characterized by the 'traditional principle of the career service system' ("*hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums*"), which have constitutional status under Art. 33(5) of the Basic Law (hereafter: GG). On the basis of these structural principles, civil servants benefit from constitutional guarantees regarding lifetime employment (FCC, 12 June 2018, para. 122), alimentation (paras. 113, 151), entitlement to health insurance benefits (para. 181) and pensions (para. 181). However, these rather advantageous principles come as a 'package deal' that also includes restrictions and a duty of loyalty owed by civil servants to their employer. According to the FCC, the interlinked principles are aimed to guarantee the maintaining of a stable administration (para. 157). It is against this background that civil servants a general banned from strike action in Germany.

The German State school system, however, accommodates a duality regarding the employment status of teachers. Two-thirds of the staff working in the public service are employed as contractual State employees and are therefore entitled to strike.

The status of civil servants has been politically and legally controversial for decades, and fueled in-depth legal analysis by e.g. *Ulrike Pollin, Richard N. Lauer* and *Laura Hering*. Several international courts and bodies have underlined the fundamental importance of the right to strike, often in direct reference to the situation in Germany (e.g. the European Court of Justice in *Laval* and *Viking;* the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights in its recommendations to Germany; the UN Human Rights Committee reiterating that recommendation; the International Labour Organization's Committee of Experts in its 2012 report; the European Committee of Social Rights in its conclusions on Germany). In 2008 and 2009, the political debate on the ban for civil servants gained particular momentum following two judgments in Strasbourg. In *Demir and Baykara v Türkiye* and *Enerji Yapı-Yol Sen v Türkiye,* the ECtHR found that the general ban on strikes for all Turkish civil servants and disciplinary penalties for teachers that went on strike violated the Convention. Along these lines, the Federal Administrative Court considered the applicable German law to be incompatible with the guarantees of Art. 11 ECHR and called on the legislator to take action. Finally, four applicants filed constitutional complaints with the FCC challenging the disciplinary measures imposed on them for going on strike and for stopping teaching for a few hours to demand better working conditions. They alleged a violation of their constitutional rights and referred explicitly to the decisions of the ECtHR.

The Relationship between the courts in Karlsruhe and Strasbourg

By consequence, the FCC had to assess the legality of the strike ban for civil servants from a *constitutional* perspec-

tive, taking into account the *conventional* guarantees under the ECHR. The relationship between the two courts is complex and at times conflicted, as the saga surrounding Caroline von Hannover has shown. In Germany, the ECHR ranks as statutory federal law and thus below constitutional rank (FCC, 26 March 1987, *Presumption of innocence*, p. 370). However, the FCC decided early on that the Convention and the ECtHR's judgments must be taken into account when interpreting the constitutional rights (*ibid*, p. 370). This has rightly been described as 'confusing' regarding the hierarchy of norms. The relationship between the judgments of the ECtHR and the German courts' assessment was then most prominently established in the *Görgülü* decision. Therein, the FCC gave constitutional status under Art. 20(3) GG to the duty of German courts to consider the Conventional rights in making their decisions (FCC, 14 October 2014, *Görgülü*, para. 29). In this sense, the FCC has opted for an "international and European dialogue" between courts, with the German constitution having the "last word". (FCC, 4 May 2011, para. 89). In her excellent empirical analysis, *Raffaela Kunz* concludes that the FCC thus imposed a procedural "duty to consider" the Strasbourg jurisprudence, rather than a "duty to comply".

The Constitutionality of the ban on strikes according to the court in Karlsruhe.

While the *constitutional* considerations of the FCC's judgment in 2018 (paras. 112-188) had several important implications for the German civil service system, this piece focuses on the inter-Court dialogue and only briefly summarizes the key findings of the constitutional assessment (for more, see e.g. *Jötten/Machts* and *Buchholtz*). The FCC held that the material scope of Art. 9(3) GG includes the right to strike action (paras. 114-116) even for civil servants (para. 113). While it found the strike ban to infringe on the rights guaranteed (para. 141), the FCC considered this infringement to be justified (paras. 142-162). It recognized the absolute strike ban as one of the 'traditional principles' of the German career civil service system (para. 144) and established that it is inseparably linked to the constitutional principle of alimentation and the duty of loyalty (para. 152). As a result, it ruled the restriction to be compensated within the 'package deal' of the constitutional concept of the civil service system (para. 158). Therefore, the strike ban for civil servants did not violate the freedom of labour coalitions ('*Koalitionsfreiheit*') under Art. 9(3) GG.

The Conventionality of the absolute ban according to the courts in Karlsruhe and Strasbourg

With regard to the relationship between the two courts, it is noteworthy that the FCC took the utmost care not to give the impression that it was openly disagreeing with the ECtHR. At the same time, it clearly indicated the limits of the adaptation of the German constitutional rights to European jurisprudence by referring to the core of the German "constitutional identity" (para. 133).

Within the constitutional requirement of the Constitution's openness to international law ("*Völkerrechtsfreundlichkeit*", paras. 126-135; paras. 163-188), the FCC undertook an in-depth examination of *conventionality* of the strike ban. It first referred to decisions of ECtHR in the applicable law section (paras. 4-6) and secondly extensively outlined recent changes to the relevant case law in its application to the present case (paras. 164-171). Finally, the FCC again referred to several Strasbourg cases to establish its position that the ban on strikes was not even in "collision" with the ECtHR jurisprudence (paras. 163-188). This extensive engagement with Strasbourg jurisprudence is rather unusual. In comparison, the same Senate just recently handed down a decision in which only a brief general section reported on the case law from Strasbourg, without engaging later on with it (FCC, 20 June 2023, *Prisoner remuneration,* paras. 23-24). Nevertheless, the ECtHR disagreed in its 2023 judgment with the FCC and found that the disciplinary measures had constituted an interference with Art. 11(1) ECHR (§ 113).

The core of both, the FCC's judgment in 2018 and the ECtHR's in 2023, is the justification of the interference, as the FCC also elaborated on this point as a subsidiary ("in any case justified", paras. 176-188). Both courts agreed with the German government that for the purposes of Art. 11(2) ECHR the ban was "prescribed by law" given the consistent interpretation by German courts (ECtHR, §§ 116-117; FCC, para. 177) and that the State's pursued objective of maintaining a stable administration was a "legitimate aim" (ECtHR, § 118; FCC, para. 178).

Thirdly, and most extensively, both courts dealt with the question whether the ban on strike action is to be considered "necessary in a democratic society" (ECtHR, §§ 119- 143; FCC, paras. 179-183). Crucial determining

the applicable graduated margin of appreciation is the question whether a prohibition on strikes affects an "essential element of trade-union freedom" under Art. 11(1) ECHR. Given that the ECtHR had previously left this categorization open, it was not surprising that this aspect was prominently debated in the public hearing in Strasbourg. The ECtHR repeated that strike action was protected under Art. 11 ECHR (§ 104) and that it constituted "one of the most important means" by which trade unions can fulfil their functions (§ 108). However, as this right is not absolute (§ 107), it concluded that the classification as an essential element is "context-specific" (§ 109) and went on to consider the existing safeguards to enable unions to defend effectively occupational interests (§ 128). It seems that the FCC and the German Government have taken to heart the ECtHR's indication in *Enerji Yapi-Yol Sen* that Türkiye had "not demonstrated" the necessity of its ban (*Enerji Yapi-Yol Sen*, § 32, cited by the FCC in para. 179) and thus, both provided sufficient arguments to distinguish the specific German context from the Turkish cases. For the ECtHR, several aspects seem to have been decisive, which the FCC had also listed as "compensation" for the restriction in its 2018 judgment (para. 183). First, the fact that German civil servants are allowed to form and join trade unions (§ 129), which then can participate via their 'umbrella organizations' when relevant legal provisions are drawn up (§ 130-132) and regularly meet the competent ministry (§ 132). Second, the individual right of civil servants to adequate alimentation (§ 133), which can be enforced by effective judicial means (§ 134). In this regard, the ECtHR even took over the term of a "reciprocal system of interrelated rights and duties" (§ 136, introduced within the recital of the FCC's judgment in §§ 24, 26, 36; FCC, para. 181) guaranteeing the effective performance of functions in the German civil service system. Notwithstanding the factual and financial difficulties raised by the applicants in this regard at the hearing, the ECtHR also relied on the fact that the applicants had the possibility of opting for a contractual status with the right to strike (§ 142). Finally, the ECtHR held that the disciplinary (financial) sanctions against the applicants were not severe (§ 143).

In summary, the ECtHR found that the effects of the strike ban could not outweigh the convincing justifications presented and agreed that the situation was different then in the previously examined cases (para. 138). In the same breath as the justifications put forward in the Government's submissions, the Court also mentions with appreciation those "reflected in the extensive assessment" of the FCC (§ 146).

Outlook

The diligence shown by the Karlsruhe court in engaging with the Strasbourg jurisprudence on strike action, while clearly indicating the limits of the Constitution's openness to international law, is remarkable – and its efforts have been rewarded. Despite seemingly opposing jurisprudence, the ECtHR ruled that the absolute ban in Germany did not violate the Conventional rights and accepted the FCC's distinction from the Turkish cases. Given the emphasis of the context-specific assessment of such a ban and the reliance on specific aspects of the interrelated rights and duties of German civil servants (see also the concurring opinion of Judge Ravarani), an extension of this jurisprudence on other State parties is rather unlikely.

The lesson for the FCC when dealing with politically sensitive cases in the future is clear: the mutual influence between Strasbourg and Karlsruhe cannot be overlooked and should be taken into account in its judgments. This holds particularly true for applicants and litigants, who should not underestimate the ECtHR's influence and extensively engage with it in their submissions to the Karlsruhe court, as former Justice Baer urged some years ago.

It remains yet to be seen, whether the forthcoming Advisory Opinion by the International Court of Justice on the right to strike will fuel another round of disputes. Perhaps it will soon be time for an "international dialogue" of courts regarding the right to strike.

The author would like to thank Dr Isabella Risini for her excellent comments on an earlier draft and her unwavering support.

Sarah Ganty, Dimitry Vladimirovich Kochenov, Ignatius Yordan Nugraha

Constitutional Identity vs. Human Rights

The ECtHR's Bizarre Turn in Three Latvian Cases

doi: 10.17176/20231222-111202-0

Constitutional identity can now consist in denying crucial human rights guaranteed under the European Convention on Human Rights (ECHR). The European Court of Human Rights (ECtHR) made this clear in two recent Latvian cases concerning the Russian-speaking minority decided respectively in September and November 2023, confirming the already decried *Savickis and Others v. Latvia* case (2022). Protection of constitutional identity has now been elevated to a legitimate aim for a differential treatment under the Convention.

In the three cases, protection of constitutional identity has deprived a large proportion of the Latvian population of the right not to be discriminated against with regard to pensions and the right to be educated in the mother tongue. Combined with a wide margin of appreciation and a very superficial assessment of proportionality, constitutional identity was found to trump Convention rights.

In this post, we explore how the protection of constitutional identity has been deployed to enable a collective punishment by association with a former occupier, and how the ECtHR's reasoning has effectively endorsed such a punishment, which is unbefitting of a liberal democratic system the ECHR aspires to represent. Until the three cases were decided, no liberal European democracy could argue without losing face that suppressing a large proportion of its population was its constitutional identity – one of the goals of its statehood. Today, this claim is seemingly kosher, marking a U-turn in the understanding of what the European human rights protection system is for minorities in Europe.

From Savickis to Džibuti

The Grand Chamber, for the first time in the history of the ECtHR, recognised 'protection of constitutional identity' as a legitimate aim for differential treatment in *Savickis and Others v. Latvia* (2022, analysed here, here and here). The case concerned 'permanently resident non-citizens of Latvia' or *nepilsoņi*, a special legal stateless status reserved in Latvian law for former Soviet citizens who were settled in Latvian territory during the occupation and were not granted Latvian citizenship after Latvia's restoration of independence in 1991. The applicants, who belonged to this category, had to live with a paltry pension because their period of employment outside of Latvian territory during Soviet times was not recognised by the Latvian State. For Latvian citizens, meanwhile, work elsewhere always counted.

In a 10-7 vote, the Grand Chamber found no violation of the right to non-discrimination read in conjunction with the right to property. It assented to Latvia's argument that the differential treatment in the calculation of pensions was intended to safeguard the constitutional identity of the Latvian State 'by implementing the doctrine of State continuity' (para 196). The Grand Chamber accepted that the difference in the calculation of pension was 'informed' by the historical background of the illegal Soviet annexation of Latvia's territory in 1940, specifically 'to avoid retrospective approbation of the consequences of the immigration policy practised in the period of unlawful occupation and annexation of the country' (para 198).

On this basis, the Grand Chamber accepted the proportionality of paying a lesser pension to the minority settled in Latvia and made stateless upon the disappearance of the Soviet Union to the aim of protecting Latvia's constitutional identity. In this respect, the Court ruled that 'the assessment of whether the impugned difference in treatment is justified by "very weighty reasons" must be carried out against the background of the wide margin of appreciation to be applied in the circumstances of the present case' (para 213). Since wide margin of appreciation translates to lesser scrutiny by the Court, it was satisfied that protection of constitutional identity constituted a very weighty reason to treat *nepilsoņi* differently in the calculation of pensions.

In fact, the majority flushes the idea of non-discrimination and the 'very weighty reasons test' down the drain by implicitly overruling the settled case-law

in *Andrejeva v. Latvia*. The Court implied that it is perfectly fine to punish stateless minorities settled in Latvia for not seeking to naturalise in the name of protecting constitutional identity. It also seemed to accept that for the sake of a primordialist view of constitutional identity, it is equally fine if socio-economic rights are exclusively tied to citizenship which 'belies the Court's long-standing case-law' in the words of the dissenters in *Savickis* (joint dissenting opinion of O'Leary, Grozev and Lemmens JJ., para 20).

Instead of a one-off departure from the basic principles informing the Convention, the Court reaffirmed the doctrine one year later in a case concerning the right of Russian-speaking minorities to obtain education in their mother tongue. For twenty years now, Latvia has been undertaking structural reforms of its public and private education by increasing teaching of and in Latvian in minority schools, while reducing teaching in minority languages, mainly Russian. The case of *Valiullina and Others v. Latvia* (September 2023) concerns such reforms in public schools, which partly deprived Latvian children belonging to minority groups from obtaining education in their mother tongue.

In this case, the Court unanimously approved of further restrictions on Russian-language education in public schools in Latvia, thereby depriving a large proportion of the Latvian population of education in their mother tongue. Particularly striking in *Valiullina* is the ECtHR's full acceptance of the Latvian Constitutional Court's constitutional identity argument. The ECtHR was satisfied that protecting and strengthening the official language goes 'to the heart of the constitutional identity of the State', as the Constitutional Court emphasised that the illegal Soviet occupation continued to negatively impact the use of Latvian in society and in educational institutions, while Latvian has never been used more in the Republic than it is today. On this basis, the ECtHR held that it is not its 'role to question the assessment made by the Constitutional Court in that regard unless it was arbitrary, which the Court does not find in the present case' (para 208).

Two months after, the ECtHR applied the same outright flawed reasoning for private schools in *Džibuti and Others v. Latvia* (November 2023). Following the government thesis that private schools form part of the State educational system, the Court found its conclusions concerning public schools in *Valiullina* to be relevant to private schools. While the ECtHR did not explicitly address constitutional identity in *Džibuti*, its full embrace of the reasoning in *Valiullina* on the protection and strengthening of the Latvian language implies that the Court would have accepted arguments based on constitutional identity had Latvia decided to invoke it. Quite cynically, in *Džibuti*, the Court glorified linguistic diversity for European Union citizens who are educated in their mother tongue in Latvia (para 156), while implying that such diversity amounts to segregation when it comes to Russian-speaking schools.

Constitutional Identity to Disengage Proportionality

The ECtHR accepted the use of 'constitutional identity' to justify a discriminatory treatment of an unpopular minority, many of whom were also made stateless by Latvia upon the restoration of independence (as a comparison, Malaysia granted full citizenship to a large number of ethnic Chinese and Indians who moved there during British colonial era). Combined with a wide margin of appreciation accorded to Latvia, constitutional identity has effectively become a trump card in restricting Convention rights: the Court will summarily accept the necessity and proportionality of a discriminatory treatment as long as it is allegedly intended to uphold the core of the identity of the State concerned, even when a suspect ground is at stake.

That constitutional identity constitutes, in the words of Michel Rosenfeld, 'an essentially contested concept as there is no agreement over what it means or refers to' is nothing new. The novelty is that it is entirely unclear both whether constitutional identity is an autonomous concept endowed with any specific meaning under ECHR law and what triggers it under the Convention as a means for setting aside the rights the Convention is designed to safeguard. Equally perplexing is that the invocation of constitutional identity seems to be immediately accompanied by a wide margin of appreciation, suddenly rendering legal what would otherwise be violations of the Convention.

The consequence is that constitutional identity has transformed into a magic spell first tried in *Savickis* and able to turn upside-down the 'very weighty reasons' test, while disengaging proportionality in *Valiullina* (and indirectly in *Džibuti*). By giving constitutional identity such a magic twist, the Court turns the respondent State into a judge in its own case: invoking a spell to transubstantiate violations of the ECHR. Quite astonishingly, the

Court appears oblivious to the fact that the ECHR is designed precisely to hold States accountable for such dark arts when carried out under their usual noble pretexts, opening an avenue for 'political arbitrariness' as warned by Federico Fabbrini and András Sajó.

In fact, the ECtHR repeated the mistake of the European Court of Justice (ECJ), when it used the 'national identity' of Article 4(2) of the Treaty on European Union as an easy fix to justify depriving minorities of rights. This turned European Union law into an additional tool for undermining minority protection, as we have seen in *Runevič-Vardyn*, for instance (as analysed here). More recently, in the *Cilevičs* case, the concept began as mere 'boilerplate (…) to reassure the Member States that their specificities have been duly taken into account' in the words of Giacomo Di Federico and Giuseppe Martinico.

Only the issue is trickier, of course: the ECJ and the ECtHR are now weighing in not on the specificities, but on the struggle *against* specificities. Neither the ECJ nor the ECtHR provide any explanations as to why protecting and strengthening the official language against minority languages are part of 'national' or 'constitutional' identities – two concepts which also need to be distinguished from each other – which appears counterintuitive in light of Benedict Anderson's insight that nations can be successfully imagined without linguistic commonality.

Conclusion

The outcome of the constitutional identity trend is messy and incomprehensible: a broad catch-all pretext to suspend a broad spectrum of rights guaranteed by law. The only safeguard emerging from the case law is that this suspension should not be arbitrary. But since constitutional identity appears to encompass most of the elements of the proportionality test – i.e. the aim sought and the means to reach it – there are not many other elements left to evaluate the arbitrariness of a measure. Furthermore, the use of constitutional identity in the context of Latvia is reek of a collective punishment by association – if you belong to a minority associated with the oppressor, you deserve to be treated differently. This type of reasoning is not worthy of a Convention founded on the values of legality and liberalism, as observed by George Letsas. Bad arguments are often heard, but the ECtHR could do better.

Daniel Holder, Andrew Forde

Avoiding the Legacy of Impunity

Ireland lodges a new Inter-State case against the UK at the ECtHR over amnesty legislation ending investigations into the Northern Ireland conflict

doi: 10.17176/20231222-111214-0

This week for the second time in history the Irish Government has announced its intention to lodge an Inter-State application against the United Kingdom before the European Court of Human Rights in Strasbourg. The Irish government argues that the Northern Ireland Troubles (Reconciliation and Legacy) Act 2023 which was enacted in September 2023 and provides an extensive conditional amnesty is incompatible with the European Convention on Human Rights (ECHR) including procedural obligations under Article 2 ECHR, the right to life, and Article 3 ECHR, the right to be free from torture as well as inhuman and degrading treatment, which provide for a duty to investigate and, where appropriate, to prosecute those responsible for serious human rights violations.

The announcement comes after prolonged and extensive political and international efforts (see e.g. here, here and here) to urge the United Kingdom to pursue an alternative path consistent with its international human rights obligations and the will of victims groups. In this piece, we consider the background to Ireland's decision to pursue the ultimate international judicial avenue.

Origins of the Case

Both the current and the previous Inter-State case concern the 1968-1998 Northern Ireland conflict. The first *Ireland v UK* case back in the 1970s' concerned the use by the British Army of specific "five techniques" of torture (namely hooding, stress positions, white noise, sleep deprivation, deprivation of food and water) in Northern Ireland against a group of detainees who became known as the "hooded men".

The use of torture by the security forces is one of a number of well-established patterns of human rights violations that took place at the hands of the state actors during the Northern Ireland conflict. Whilst most of the over 3,600 deaths during the 30-year conflict are attributable to (Irish) republican armed groups and (British) loyalist paramilitary groups, in the early part of the conflict there were hundreds of killings by the British Army that were not investigated at all by the then police service. This was despite the UK criminal law, not international humanitarian law, applying in principle to everyone throughout the conflict.

Another pattern of violations relates to practices of "collusion" between units of the security forces and (British) loyalist paramilitaries. This either involved supplying loyalists with weapons, targeting intelligence, or failing to investigate their activities.

2023 marked the 25th anniversary of the 1998 Good Friday Agreement (GFA), a peace accord, approved by referendum and incorporated in a binding UK-Ireland Treaty registered with the United Nations. The GFA required the incorporation of the ECHR into Northern Ireland law. It did not, however, contain a provision for a truth commission or transitional justice mechanism which left open certain questions regarding accountability for serious crimes.

The GFA has been supplemented by a number of further bilateral peace process agreements including the Stormont House Agreement, which was eventually agreed in 2014 to provide for overarching transitional justice bodies. A fully independent "Historical Investigations Unit" conducting criminal investigations into unresolved conflict-related cases was to be established to produce an information report to families in each case. A cross-border "Independent Commission for Information Retrieval" was to be set up by treaty to provide supplementary information recovery based on protected statements. Importantly, there was no provision for amnesty, a proposition soundly rejected in the British Governments own consultation on legislation to implement the Stormont House Agreement.

However, the UK dragged its feet in implementing that Agreement until the Government of former PM Boris Johnson unilaterally announced it was reneging on it. Instead, the British Government introduced legislation,

whose purpose was openly articulated by Ministers as ending investigations into the military, that became law in September of this year as the Northern Ireland Troubles (Reconciliation and Legacy) Act 2023. It is a challenge to this legislation that is the subject of the second *Ireland v the UK* case announced this week.

What does the Northern Ireland Troubles (Reconciliation and Legacy) Act 2023 provide for?

The effects of the Northern Ireland Troubles (Reconciliation and Legacy) Act 2023 are three-fold.

First, it will shut down all the existing investigative and legal processes into legacy cases (inquests, police, independent police and Police Ombudsman investigations, even civil court proceedings). It will do so at a time these mechanisms are most delivering truth recovery for families.

Second, it will introduce the amnesty, which has evolved into a 'conditional immunity scheme' with a conspicuously low eligibility threshold. Immunity must be granted on the basis of a subjective test where the person seeking immunity does not have to provide new information and only has to themselves believe their account is true.

Third, it will set up a new temporary legacy body – the Independent Commission for Reconciliation and Information Retrieval (ICRIR) – to "review" certain cases.

The legislation has faced almost universal opposition. This includes victims' groups, legal experts, every political party in Ireland north and south, and opposition parties in Britain (with Labour vowing to repeal the Act). It has also generated international alarm in the Council of Europe and UN. The UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk noted that it "fails to comply with the State's obligation to investigate serious human rights violations…" and "would thwart victims' right to truth and justice, undermine the country's rule of law, and place the United Kingdom in flagrant contravention of its international human rights obligations".

The Act had been preceded by a UK Parliamentary Command Paper of July 2021 that had advocated for an amnesty broader in scope than that introduced by General Pinochet in Chile and a new legacy body reliant only on voluntary testimony. This policy paper evolved into the present Act.

When Ministers introduced the legislation in May 2022 they were fairly open, even boastful, that its purpose was to end investigations into the military, who would no longer have to fear a "knock on the door" or be taken in for questioning once the Act passed. This came against a backdrop of increasing hostility towards the European Convention on Human Rights which has disingenuously been presented as a threat to British sovereignty.

The context of this is that in the absence of the implementation of the Stormont House Agreement, a series of ad hoc criminal, investigative and judicial mechanisms began to overcome years of obstruction and limitation to deliver significant information recovery and historical clarification for families of victims. These mechanisms were not provided for in the GFA, but were the product of a series of cases to the European Court of Human Rights (the *McKerr* group of cases or cases concerning the actions of the security forces in Northern Ireland.) These cases found the UK had committed procedural violations of Article 2 ECHR (the right to life) in relation to cases involving both direct killings by the security forces and security force collusion with loyalist paramilitary groups.

As a result of these rulings of the Strasbourg Court in the early 2000's, which are still under supervision by the Council of Europe (CoE) Committee of Ministers (CM), the UK authorities agreed a "package of measures" of changes to existing judicial and investigative bodies, to deliver ECHR-compatible investigations into conflict-related cases.

It is notable that in June 2023, the CoE CM in overseeing implementation of judgments of the European Court of Human Rights emphasised explicitly that "it is crucial that the [Northern Ireland Troubles Reconciliation and Legacy] legislation, if progressed and ultimately adopted, is in full compliance with the European Convention and will enable effective investigations into all outstanding cases." Given the scope of amnesty provided within the Legacy Act, and the limited independence and capacity of the new legacy body, it almost certainly fails to satisfy this requirement let alone the more comprehensive requirements of Article 2 and 3 of the Convention.

These current mechanisms include independent police investigations by external forces; a legacy role for the independent Police Ombudsman into serious violations by the Police; and the judicial inquest system (a form of truth trial without civil or criminal liability). There is also the potential for civil litigation in the domestic courts. The "package of measures" has unearthed uncomfortable truths for the UK Government, with civil cases and Police

Ombudsman reports revealing patterns of collusion and even findings of another torture technique (waterboarding).

Whilst the UK Parliamentary Command paper stated, without supporting evidence, that the "vast majority" of killings by the security forces were lawful, the findings of judicial inquests are largely determining to the contrary. This includes the Ballymurphy massacre of 1971, where 10 civilians were killed by the British Army. This preceded the similar killings of civil rights demonstrators on Bloody Sunday in 1972.

The GFA-led incorporation of the ECHR into domestic law which supported victims' families, their lawyers and NGOs in challenging deficient investigations as well as efforts to delay disclosure of evidence or deprive investigations of the resources required to be effective.

Anti-Rights Backlash

A backlash has evolved from sections of the UK political, media and security establishment, and particularly the ascendant wing of the Conservative party to application of the rule of law in such cases. This has seen the European Convention on Human Rights (ECHR) deliberately scapegoated for many contemporary political challenges.

This has involved attacks on human rights defenders and specifically lawyers and prosecutors. Such attacks not only strike at the very heart of the rules-based international order, but have a chilling effect on democracy, stifling civic engagement and creating an environment increasingly hostile to moderate voices.

Some political figures raised concerns about a "pernicious counter narrative" and the "re-writing of history" being produced essentially by independent official mechanisms. There were calls for an amnesty and even a tabloid campaign, signed up to by former Prime Minister Boris Johnson, a "Veterans Pledge" to end the pursuit of the military in Northern Ireland. The policy and legislation were based on a contention that there had been a "witchhunt" against soldiers, who would face prosecution and prison. This was despite only a handful of prosecutions (mostly against non-state actors) resulting from legacy investigations and to date only one sole conviction of a soldier for a killing (resulting in a suspended sentence and no jail time). In reality the current mechanisms are largely focused on information recovery and historical clarification, not prosecutions.

Procedure and prospects for the Inter-State Case

The overwhelming majority of cases taken to the European Court of Human Rights are taken by individuals, groups of people or NGOs. Inter-state cases are very rare indeed, and resorting to an Inter-State case is exceptional. For the Irish Government to opt for this course of action must be understood as being a matter of absolute last resort, and one not pursued lightly.

Most of the fourteen current Inter-State cases concern situations of crisis or conflict. It is a mechanism typically utilised in the most serious situations of egregious breaches of the ECHR though the threshold to utilise the Inter-State procedure is significantly lower than that. Under Article 33 of the European Convention on Human Rights "any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party." It is notable that given the nature of the Article 2 and Article 3 concerns the Northern Ireland Troubles (Reconciliation and Legacy) Act 2023 gives rise to, any Council of Europe Member State could have taken an inter-state case against the UK.

One can expect significant interest in the progress of the case from victims' groups, civil society organisations, national human rights and equality bodies north and south, as well as independent international human rights mechanisms such as the CoE Commissioner for Human Rights or others who may seek to participate in proceedings as third party interveners under Article 36 § 2 of the Convention.

Conclusion

The Irish government has been clinically consistent about the need to avoid legislating for impunity and has sought over considerable time to try to dissuade the British Government from taking this approach, one which is almost universally opposed by victims, advocates, national human rights institutions and political parties. This has both been through direct bilateral engagement, through the mechanisms of the GFA, and alongside many other states, through the Council of Europe Committee of Ministers.

It is deeply regrettable that the UK authorities have reneged on its own Stormont House commitments and ignored these additional repeated concerns of the Council of Europe and UN, victims and NGOs.

Unlike the GFA, which does not provide for a dispute

resolution mechanism, the Irish government did have an enforcement option however in taking such an inter-state case to Strasbourg. Having exhausted all other routes of persuasion, this is the path it had to take to uphold the integrity of the rule of law, to satisfy its own obligations under the ECHR, and to stand firmly behind victims and their families as they seek to vindicate their rights.

Emilia Korkea-aho

"This Is Not a Foreign Agents Law"

The Commission's New Directive on Transparency of Third Country Lobbying

doi: 10.17176/20231219-111145-0

On Tuesday, 12 December 2023, the Commission adopted its long-awaited Defence of Democracy package, which includes a Proposal for a Directive on Transparency of Interest Representation on behalf of Third Countries.

During the plenary debate in the European Parliament on the same day, Věra Jourová, Commissioner for Values and Transparency and Dubravka Šuica, Commissioner for Democracy and Demography, presented the package to MEPs. Both seemed eager to clarify what the Directive is not. Šuica emphasised that the Directive "is not a foreign agents law", a sentiment echoed by Jourová, who continued that it does not resemble the Georgian law, which was scrapped after much criticism including from the EU. Importantly, she emphasised that it does not stigmatise anyone nor involve criminal sanctions.

But the more a statement is repeated, the less credible it appears. Rather, the opposite appears to be true. And so, the devil is not in the name, it lies in enforcement. Despite the Commission's assertion that full harmonisation of the Directive prevents Member States from gold-plating or potentially worse activities, the Commission has limited control over how Member States apply and enforce their national laws. This is the biggest risk of the proposal.

What does the Commission propose?

The focal point of the package is a proposal for a Directive aimed at enhancing transparency in interest representation (lobbying) activities conducted on behalf of third countries. This initiative is not unprecedented, as there is a growing global interest in regulating lobbying by requiring lobbyists to disclose their activities. My home country, Finland, enacted a law establishing a transparency register for lobbyists earlier this year.

The relevance of such a Directive is underscored by the one-year anniversary of Qatargate, where allegations surfaced of third-country governments paying for access and influence in the EP. However, the EU has long expressed concerns about foreign interference. There have been not one but two Special Committees on foreign interference in all democratic processes in the EU. The Defence of Democracy package of which the Directive proposal is the central piece was announced by Ursula Von Der Leyen in September 2022, months before Qatargate emerged.

Instead of seizing the opportunity to address its own system post-Qatargate, the EU opted to propose a Directive, indicating Member States as potential areas of concern. The justification to concentrate on Member States borders on unintended hilarity, with the Commission seeing the fragmented state of Member State lobbying regulations as "damaging to the Union's reputation".

The proposal has generated significant controversy. Originally intended for publication in June 2023, the Commission postponed its release following extensive opposition from NGOs dubbing it the "EU FARA law". In response, the Commission conducted an impact assessment.

At the core of the Directive is the requirement for registration. Individuals engaged in lobbying activities on behalf of third-country governments and entities whose action can be attributed to them are obligated to register in a national register (Article 10). During the plenary debate, Commissioners reassured that the Directive will not impose anything on Member States that is not already in place at the EU level. Technically accurate, this assertion stems from the fact that, since 2021, registration in the EU's Transparency Register also applies to third-country actors (excluding governments), unless public officials of third-country governments are represented by entities without diplomatic status or intermediaries such as firms providing consultancy services. However, the assertion is formally incorrect, because in the Directive the EU asks Member States to table legislation on (foreign) lobbying while its own Transparency Register remains non-binding.

According to Article 9, Member States must establish or modify existing national registers for this purpose.

This is a substantial change. Approximately a half of Member States have legislated on lobbying and set up registers, but most include a diplomatic exception exempting interactions with third-country officials. The rest do not have legislation on lobbying and many, including the otherwise transparency militant Nordic countries, generally regard lobbying registers with suspicion.

Once established or amended, the register must include data on lobbying activities, amounts received annually, third countries, and the primary objectives of activities. Different from "normal" lobbying registers, the Directive introduces a record-keeping obligation in Article 7. Registered entities must maintain records of key information or materials related to the lobbying activity for four years following its conclusion. Entities facing a "justified" risk in relation to violations of fundamental rights can request their information not to be made public (Article 12(3)). Independent supervisory authorities can request limited records in situations specified by Article 16.

Is the Commission proposing a Foreign Agents Law?

The most renowned foreign agents law is the US Foreign Agents Registration Act (FARA), enacted in 1938 to monitor and counter Nazi propaganda. Its objectives include promoting transparency in foreign influence within the US, enabling the government and the public to identify sources of information from foreign agents, and assessing their impact on policy-making. The law applies to individuals acting on behalf of foreign principals (governments, political parties, companies, NGOs, or individuals). Foreign agents must periodically make public disclosures of their relationship with the foreign principal and report activities and disbursements in support of those activities. Most of the information is available on the FARA register. Failures to comply with FARA are subject to sanctions ranging from fines to imprisonment.

A more recent yet influential foreign agents law is Australia's Foreign Influence Transparency Scheme (FITS). It requires individuals acting for the purposes of political or governmental influence on behalf of foreign principals to register in the public register. Foreign principals include governments, political organisations, government-related entities, or individuals. Unlike FARA, it does not apply to companies and NGOs as foreign principals unless they are controlled by a foreign government. Reporting on activities is mandatory and subject to sanctions ranging from monetary fines to a maximum of five years imprisonment.

US FARA remained largely unenforced for years, but after the 2016 elections, there has been a spike in enforcement cases. Due to increased enforcement activities, it is now perceived as posing risks of its illegitimate use against NGOs and media. In Australia, there have been a low number of registrations and enforcement cases since its adoption in 2018, but concerns exist about the use of FITS to create stigmas by labelling actors as foreign-related, especially those of Chinese origin. Both laws are strongly linked to national security and sovereignty concerns, as I have argued elsewhere.

Foreign agents laws have also been adopted elsewhere, including much-discussed laws in Russia and Israel. Other recent legislative initiatives encompass the UK's National Security Bill and Canada's Act to establish the Foreign Influence Registry and amend the Criminal Code which is at the second reading in Parliament. On the same day that the Commission proposed its Directive, Hungary adopted its controversial "sovereignty law", feared at disrupting foreign funding for NGOs and harrying opposition. This is not a hypothetical concern. In Australia, a country with stable democratic relations, former Prime Minister Tony Abbott was asked to join the register concerning his participation at the inaugural Australian Conservative Political Action Conference in August 2019, co-organised by the American Conservative Union. Abbott refused to register, leading the Attorney-General to announce a need for "upskilling the personnel to increase the common sense".

A foreign agent law is a law that requires actors promoting the interests of foreign entities to register and report their activities. In this sense, the EU's draft Directive qualifies as a foreign agents law, with the Commission proposing a foreign agents law. At the plenary debate, Commissioner Jourová disputed this characterisation, highlighting that the EU's Directive lacks criminal sanctions and does not stigmatise anyone. However, the presence of criminal sanctions is not a necessary criterion for categorising a law as a foreign agents law. Israel's foreign agents law does not involve criminal sanctions either. The second criterion is even more debatable, as foreign agents laws inherently involve stigmatisation or, more nicely, labelling. This element is unavoidable, and despite the EU's best efforts, this regulatory design feature cannot be eliminated.

Existing international models of foreign agents laws

suggest a risk of weaponisation, where the law is used to harass NGOs and opposition or target specific groups, especially those of foreign origin. The EU is attempting to minimise this risk through a maximum harmonisation model, preventing Member States from introducing additional requirements. But such model does not take into account application and enforcement. In Australia, while FITS does not expressly target any particular country or nationality, the government had Chinese influence in mind when drafting the legislation. The EU took care not to mention any specific third countries in its proposal. However, its neutral stance may not be shared by Member States, and the EU has limited insight (or control) into how the laws are applied and enforced in Member States and which communities become "targeted" or negatively "branded" as agents working foreign powers.

A case of noble intentions but unpredictable results?

The EU's draft Directive has noble intentions, with MEPs unanimously asserting the need to protect and strengthen democracy – a sentiment that few would contest. The plenary debate maintained a notably gentle tone, with Šuica's statement that openness cannot equate to "vulnerability and weakness" being a rare glimpse into the EU's tougher stance on the outside world. EU NGOs are also relieved that it does not cover foreign funding that is unrelated to lobbying activities. Due to the broad definition of lobbying in the proposal (essentially copy pasted from the EU Transparency Register), the impact of the proposal on NGO activities is, however, hard to assess.

The law carries two significant risks, which the Commission should openly acknowledge. First, the inherent design of foreign agents law involves stigmatisation. Merely labouring the point that the Directive is not a foreign agents law will not eliminate this aspect – it is, in essence, one. Second, the law poses potential dangers in the hands of autocratic, xenophobic, or otherwise vindictive leaders. While the Commission retains some control over how Member States implement it – a power it has been increasingly reluctant to use – it has significantly less influence over how Member States apply and enforce national laws in the years to come.

The Parliament's debate concluded with the two Commissioners pleading that "registration is a small cost of defending democracy". However, the administrative hassle of registration is not the sole conceivable cost associated with defending democracy. The Commission acknowledges this, requiring national authorities to ensure that no adverse consequences arise from registration. For those authorities committed to their responsibilities, this is easier said than done. For those who are less diligent, lacking common sense, or simply petty, this draft Directive could be likened to handing house keys to a burglar just days before the holidays.

Franca Maria Feisel

One Step Forward, Two Steps Back

The EU's "Defence of Democracy" Package

doi: 10.17176/20231220-111143-0

This blogpost unpacks some of the 'democratic paradoxes' that come with the 'Defence of Democracy' package (*DoD package*), which the European Commission published on Tuesday, 12th of December. While a Recommendation on promoting civic engagement and citizen participation (*Civil Society Recommendation*) reflects positive changes in the Commission's conception of democracy, the 'Directive establishing harmonised requirements in the internal market on transparency of interest representation carried out on behalf of third countries' (*Foreign Funding Directive*) directly contradicts this emphasis on a more citizen-centred model. It threatens to harm precisely the civil society organisations that are considered to be "one of the main pillars of a functioning democracy" in the Civil Society Recommendation. Contrary to the Commission's assertions, the legal safeguards in the Directive would be largely ineffective in preventing an adverse impact on civil society organisations as agents of European democracy. In this regard, the Foreign Funding Directive is illustrative of a broader dilemma: how to defend democracy in the EU's multi-level constitutional space, while keeping the sensitive legal tools for doing so out of the hands of the enemies of democracy that are already – and for the time being irreversibly – on its inside.

Questionable Timing

Already infamous before its adoption (the proposal provoked fierce opposition amongst civil society organizations around its initially planned adoption in early Summer 2023), the timing of the DoD package's eventual publication could hardly have been more ironic. After presenting the package's measures as countering "[…] Putin or any other autocrat covertly interfer[ing] in our democratic process", the very same Commission released 10 billion Euros in funds for Hungary that were withheld due to non-compliance with the rule of law and democratic principles only twenty-four hours later (see Farkas and Kádár and Kovács on this blog for why this is problematic). Adding insult to injury, the Hungarian parliament adopted its controversial 'Defence of Sovereignty' law on the very same day. The Hungarian law can be perceived as the 'evil twin' of the DoD package's legislative centerpiece: the Foreign Funding Directive. While the Commission finds that "[i]nstilling transparency and openness in the way that foreign interests are represented is the best way to protect the integrity of our democratic space […]", critics consider the proposal to be little different from the kind of 'foreign agent' laws which the EU has previously condemned as incompatible with democratic principles, both in its own legal space (see the *Lex NGO judgment* against Hungary) and in third countries like Russia.

Giving with One Hand…

On the bright side, the DoD package's Civil Society Recommendation recognises the crucial role of citizens, civil society organisations and political participation in building resilient democratic societies. It calls upon Member States to create more and more meaningful opportunities for participating in policy-making processes on all levels. Member States should *inter alia* introduce a transparent and inclusive 'framework for participation' (Points 5-7) that ensures "participation on topics of public interest in a continuous and regular manner and not only during electoral periods" (Point 5a). In particular, the Commission stresses the potential of deliberative and participatory processes like citizens assemblies in addressing the fading trust in democracy across Member States. Moreover, the Commission recommends a number of measures "to support and protect the civic space to enable the effective participation of civil society organisations".

In doing so, the Civil Society Recommendation reflects a positive move away from a formalistic, institution-centred conception of democracy that equates the latter with its representative form, perceives elections as the main channel of political participation and takes state institutions as the central indicator for a so-

ciety's democratic nature. This one-sided view of democracy characterized the Commission's accession policy, especially in the context of the EU's Eastern enlargement, and was widely criticised. Regarding the defence of democracy, the Recommendation reflects an approach of 'protection through promotion'. Most importantly, the Recommendation seems to take citizens seriously as the central agents of democracy: On the question of who ought to defend democracy, a Eurobarometer accompanying the DoD package yields that European citizens' trust is greatest in citizens themselves.

…and Taking with Another

While the Civil Society Recommendation reflects a welcome development regarding the Commission's approach to defending democracy, civil society organisations are worried that "the potential positive impacts of this [Recommendation] are likely to be overshadowed by the foreign funding directive." In a nutshell, the proposed Foreign Funding Directive mandates Member States to establish national transparency registers whereby any legal or natural person engaging in a form of interest representation on behalf of third-country entities would have to publicly disclose such activities. The responsible Member State authorities may request additional information in several cases where the registered entity's foreign funding exceeded a certain amount of money in a given year (e.g. one million Euros from a single third-country entity, Art. 16). Non-compliance with these registration requirements or information requests can lead to administrative fines (Art. 22).

Several features of the proposed Directive render the worries of civil society organisations regarding its potential impact more than valid.

To begin with, both the type of activity that needs to be disclosed and the link to a third-country entity that triggers the disclosure obligation are extremely broad in scope (Art. 2). Virtually all 'interest representation activities' which are carried out with the objective of influencing policy-making processes – the very *raison d'être* of civil society organisations – would fall within the scope of the Directive. The non-exhaustive list of 'interest representation activities' in Art. 2(1) even comprises "organising networks and grassroots initiatives." Moreover, to fall under the declaration requirement, it is sufficient if there is a link between any such activity and funding by a third-country entity, be it public or private, whose actions can in some way be attributed to the government or public authorities of a third country (Art. 2(4)). This means, for example, that funding from USAID, which the European Civic Forum describes as "a lifeline for civic groups protecting the rule of law and democracy in Eastern Europe", would be covered by the reporting requirements under the Directive. This is likely to strengthen the smear campaigns against civil society organisations that are already common practice in several Member States – the only change being that it would henceforth happen under the seal of European legality. The Civil Society Recommendation's call to "create and maintain a safe and enabling environment for civil society organisations" (Point 2) sounds hollow if, in the same breath, the Foreign Funding Directive gives Member States the very tool to (further) undermine such an environment.

Insufficient Safeguards

The breadth and vagueness of its scope also defy one of the safeguards that the Commission invokes to assuage concerns with the Directive: the fact that it provides for "full harmonisation" (Art. 4) is supposed to prevent Member States from 'gold-plating' or otherwise abusing this legal tool to make the life of civil society organisations harder. However, the very fact that the instrument is a Directive means that Member States have a notable degree of leeway regarding its implementation. Moreover, as seen above, it is not like harmonisation in this case entails a clear, narrow circumscription of the activities which trigger the obligation for an NGO to register them and disclose how they were funded – on the contrary. To put it bluntly: Nothing good is going to come from harmonisation based on poorly drafted law.

The other ostensible safeguards in the Directive are independent (national) supervisory authorities responsible for overseeing and enforcing compliance with the registration requirements (Art. 15) as well as the obligation to provide judicial redress for any registered entity to challenge disproportionate or otherwise unjustified actions in enforcing the transparency requirements (Arts. 10-12). Here, it seems like the focus on threats to European democracy from the outside has led to (not so blissfully) ignoring the threats that already exist on its inside. Given the present state of autocratic entrenchment in Hungary, it is virtually impossible to imagine that a public authority in charge of administering the transparency register would be independent from the Orbán re-

gime and its strategy to disable pro-democratic civil society actors. On the contrary, making the lives of civil society organisations harder under the veil of European legality might even be a welcome addition to the sweeping powers of the newly established 'Office for the Defence of Sovereignty'. Along the same lines, judicial redress is a meaningful safeguard only insofar as there are independent courts. This is not the case in Hungary. And as much as the new Polish government is committed to restoring judicial independence, it is not something that can be taken for granted for the foreseeable future in Poland, either.

The Paradox of the EU's Democratic Self-Defence

Hence, the Directive's provisions on an independent supervisory authority and judicial redress can act as meaningful safeguards only in Member States whose institutions respect the rule of law and democratic principles – and in which abuse is, therefore, less likely to begin with. However, this cannot be taken for granted even for Member States that are not among the usual 'rule of law suspects.' Consider Member States like France, which have an increasingly doubtful record when it comes to respecting freedom of association and assembly (notably that of religious associations).

At the end of the day, preventing tools for democratic self-defence from being employed in a self-serving manner by political incumbents depends more on political ethos than on legal design – absent the former, the latter can always be circumvented. In this regard, the Foreign Funding Directive recalls a deeper dilemma of defending democracy, one that applies in particular to 'militant-democratic' instruments, which are characterised by restrictions of core democratic freedoms and political participation rights: Those polities which, supposedly, need militant democracy (because their institutions and popular support for democracy are fragile), cannot have it (because the rules and norms that would protect militant-democratic instruments from being misused are not established enough) [p. 253]. On the other hand, those polities that can have it (because they are established democracies with robust institutional safeguards and a strong democratic ethos) do not need it – for the very same reason.

Regarding the EU, this dilemma is exacerbated by its nature as a compound polity in which Member States are at once the agents and objects of its democratic self-defence. However, these two roles are mutually exclusive. Where actors hostile to democratic principles are at the helm of Member State governments – which threatens to become less and less exceptional, just look at the Netherlands – European legal tools that provide for restricting freedom of association are likely to be used for (further) eroding democracy, rather than defending it. Hence, the package wrapped as 'defence of democracy' against threats from the outside might in effect be a welcome pre-Christmas gift for the very enemies of democracy on the EU's inside.

Maximilian Wagner

Daten und Werte

Ethics-Washing und die Regulierung Künstlicher Intelligenz

doi: 10.17176/20231205-104312-0

Seit ChatGPT die umfassende Verwertbarkeit sogenannter Large Language Models demonstriert hat – also von Modellen, die natürliche Spracheingaben verarbeiten können –, reißt die Diskussion um die Regulierung Künstlicher Intelligenz nicht ab. Das Drama um die Entlassung und anschließende Wiederanstellung von Sam Altman, dem Gründer und Gesicht von OpenAI, der Firma die ChatGPT entwickelt und vertreibt, zeigt anschaulich, welche Lager sich dabei gegenüberstehen: „one group born form Silicon Valley techno optimism, energized by rapid commercialization; the other steeped in fears that AI represtens an existential risk to humanity and must be controlled with extreme caution".

Diese letzte Gruppe und ihre institutionellen Vertreter argumentieren zusehends mit europäischen Werten und ethischen Prinzipien. Sie sehen darin den entscheidenden Unterschied zu alternativen Versuchen, Künstliche Intelligenz zu regulieren – insbesondere im Vergleich zu amerikanischen oder chinesischen Vorschlägen. Scheitert das geplante „Gesetz über Künstliche Intelligenz" (KI-Verordnung) oder werden Datenschutzbehörden (nicht) als nationale Aufsichtsbehörden im Sinne der KI-Verordnung benannt, muss man sich auf eine weitere Ethisierung des Diskurses und eine weitere Substantiialisierung des Datenschutzrechts einstellen. Das nutzt vor allem Big Tech Unternehmen, die ethische Debatten kultivieren, um echte Regulierung zu sabotieren.

Künstliche Intelligenz und Datenschutz

Grundsätzliche Fragen zum Verhältnis von Künstlicher Intelligenz und Datenschutz sind noch immer ungeklärt. Denn für die Verarbeitung personenbezogener Daten stellt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) eine Reihe von Grundsätzen auf, die beim Einsatz oder der Entwicklung von KI-System kaum oder gar nicht eingehalten werden können. So sieht Art. 5 Abs. 1 DSGVO beispielsweise vor, dass personenbezogene Daten für eindeutig festgelegte Zwecke erhoben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden müssen. Personenbezogene Daten sind auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß zu beschränken. Außerdem sind die betroffenen Personen bei jeder Zweckänderung erneut über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu informieren (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3 DSGVO). Daher empfiehlt beispielsweise der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, besondere Vorsicht bei Chatbots walten zu lassen: Eingaben, die unter Umständen auf konkrete Personen bezogenen werden können, sollten nach Möglichkeit vermieden werden.

Die geplante KI-Verordnung wird diese Probleme nicht lösen, sondern weiter vertiefen. Denn der europäische Gesetzgeber hat bislang davon abgesehen, das Verhältnis von KI- und Datenschutz-Grundverordnung eindeutig zu regeln. Die dort formulierten Pflichten für die Entwicklung und den Einsatz sogenannter Hochrisiko-KI-Systeme sollen bereits bestehende Regelungen ergänzen, nicht ersetzen.

Besonders brisant ist in diesem Zusammenhang, dass der Vorschlag der Europäischen Kommission (KI-VO-E) die Benennung nationaler Aufsichtsbehörden den einzelnen Mitgliedstaaten überlässt, Art. 59 KI-VO-E. Sie sind vor die Wahl gestellt, das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Datennutzung zu institutionalisieren – oder aber die DSGVO zu einer echten Grundverordnung im eigentlichen Sinne dieses Wortes aufzuwerten.

Die Europäische Datenschutzaufsicht und der Europäische Datenschutzbeauftragte haben keinen Zweifel daran gelassen, welche Alternative sie bevorzugen. In einer Gemeinsamen Stellungnahme haben sie sich dafür ausgesprochen, die Datenschutzbehörden als nationale Aufsichtsbehörden im Sinne von Art. 3 Nr. 43 KI-VO-E zu benennen. Die Benennung nutze Synergieeffekte und soll „einen einheitlicheren Regulierungsansatz" und die „kohärente[…] Auslegung der Datenverarbeitungsvorschriften" ermöglichen. Außerdem soll so vermieden werden, dass Vorschriften in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich durchgesetzt werden. Folgen die

Mitgliedstaaten der Empfehlung (oder scheitert die KI-Verordnung), ist also zu erwarten, dass die Datenschutzaufsicht in Zukunft auch die Entwicklung und den Einsatz Künstlicher Intelligenz steuert.

Datenschutz und materiale Wertethik

Zwei Dokumente zeigen beispielhaft, wie die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden diese Rolle ausfüllen könnten (und welche Normen dabei eine Rolle spielen):

Bereits 2019 identifizierten deutsche Datenschützer Künstliche Intelligenz als „substanzielle Herausforderung für Freiheit und Demokratie". In der sogenannten Hambacher Erklärung zur Künstlichen Intelligenz formulierte die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) bestimmte Anforderungen, um einen „konstruktiven Beitrag zu diesem zentralen gesellschaftspolitischen Projekt" zu leisten. Dabei wurden datenschutzrechtliche Grundsätze und Prinzipien zum Teil wiederholt oder minimal spezifiziert; an zwei entscheidenden Stellen ließ die DSK allerdings auch eigene Regulierungsansätze erkennen. Zum einen leitete sie aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz und Art. 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, GrCH) und dem Gebot, Alternativen zur vollständig automatisierten Entscheidungsfindung mit erheblicher Beeinträchtigung anzubieten (Art. 22 Abs. 1 DSGVO), einen allgemeinen „Anspruch auf das Eingreifen einer Person (Intervenierbarkeit), auf die Darlegung ihres [sic] Standpunktes und die Anfechtung einer Entscheidung" ab. Zum anderen betonte sie, dass diskriminierende Verarbeitungen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO), die Bindung an legitime Zwecke (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) und die „Angemessenheit der Verarbeitung" verstoßen würden. Der Verantwortlich solle daher Risiken für die Rechte und Freiheiten von Personen vorab bewerten und laufend überwachen, um Diskriminierung zuverlässig ausschließen zu können. Dabei seien auch „ethische Grundsätze" zu beachten.

An dieser Stelle setzt die italienische Aufsichtsbehörde (Garante per la protezione dei dati personali) mit einer aktuellen Veröffentlichung an. Sie will den vermeintlichen Mangel an demokratischer Regulierung und individueller Verantwortung ihrerseits durch Rückgriff auf materiale Werte lösen, und zwar, in dem sie ethische Überlegungen zur Grundlage juristischer Auslegung macht. Im Decalogue for the provision of national health services through artificial intelligence systems führt sie aus: „ethics must be given a specific interpretive function so as to rule out choices which, although seemingly lawful and factually possible, may have discriminatory effects and undermine human dignity and personal identity". Auf dieser – im Kern naturrechtlichen – Grundlage ergänzt die Garante dann genuin datenschutzrechtliche Grundsätze wie Transparenz, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. a, d und f DSGVO) um weitere Grundprinzipien („key principles") wie Nachvollziehbarkeit („intelligibility"), Intervenierbarkeit („non-exclusivity") und Nicht-Diskriminierung („non-discrimination").

Auf diese Art und Weise entwickeln Behörden, deren Zuständigkeit für die entsprechenden Fragen teilweise unklar ist, bereits jetzt allgemeine Regeln für die Entwicklung und den Einsatz Künstlicher Intelligenz. Aus Grundrechten, Grundsätzen und Grundprinzipien leiten sie abstrakte Anforderungen beispielsweise an die Qualität der Daten oder die Transparenz der Verarbeitung ab. Dabei werden bestehende Rechte und Pflichten – zum Beispiel das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen (Art. 22 Abs. 3 DSGVO), das de lege lata nur für bestimmte Formen automatisierter Entscheidungsfindung gilt, oder das grundrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 21 und 23 GrCH) – verallgemeinert oder (auch) im Datenschutzrecht verankert, um einen interpretativen Zugriff zu ermöglichen. Das Verhältnis dieser Grundsätze, Rechte und Gebote zu bestehenden Gesetzen – in Deutschland beispielsweise zum Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – oder zu werdendem Recht wie der KI-Verordnung, bleibt dabei notorisch unklar. Und auch das ist typisch für die naturrechtliche Überformung positiven Rechts und die ethische Überfrachtung juristischer Dogmatik.

Künstliche Intelligenz und Naturrecht

Die Forderung, das ethische Prinzipien auch für Künstliche Intelligenz gelten sollen, ist nicht neu. Bereits 2019 stellte eine Unabhängige Hochrangige Expertengruppe der Europäischen Kommission Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI vor. Parallel dazu veröffentlichte die Datenethikkommission der Bundesregierung ein Gutachten zu ethischen Maßstäben, Leitlinien und Handlungsempfehlungen. 2020 legte eine Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages einen entspre-

chenden Schlussbericht vor. Und auch das Europäische Parlament fordert inzwischen, Künstliche Intelligenz müsse einem „kohärenten, auf den Menschen ausgerichteten Ansatz für ethische und vertrauenswürdige KI“ folgen, und zwar „im Einklang mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und den Werten, auf denen die Union beruht” (Vorschlag für eine Erwägung 9a).

Neu ist allerdings, dass diese Forderungen von Behörden erhoben werden, die den Auftrag haben, die Einhaltung bestimmter Rechtsnormen zu überwachen und anzuwenden, Art. 59 Abs. 1 DSGVO. Denn der Rückgriff auf Werte, die neben oder über dem Recht gelten, die Ableitung rechtlicher Normen aus diesen Werten, und die Behauptung, für die Durchsetzung dieser Rechtsnormen zuständig zu sein, ist nichts anderes als ein Akt naturrechtlicher Selbstermächtigung, genauer: eine Strategie, diese Selbstermächtigung rhetorisch zu verschleiern.

Kommt die KI-Verordnung (und werden die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden auch als nationale Aufsichtsbehörden für Künstliche Intelligenz benannt), wird man mit einer weiteren Ethisierung des Datenschutzrechts und einer exekutiven Weitung der Anbieter-, Hersteller-, Einführer-, Händler- und Nutzerpflichten – so die Terminologie der KI-Verordnung – rechnen müssen. Das gilt nicht zuletzt für KI-Systeme mit keinem, geringen oder mittleren Risiko oder sogenannte Basismodelle. Denn die Datenschutzbehörden haben ihre diversen Anforderungen an die Konzeption, die Entwicklung und den Einsatz Künstlicher Intelligenz maßgeblich anhand allgemeiner Grundsätze entwickelt und eine weitergehende Regulierung ausdrücklich gefordert. In der Auslegung der Behörden entwickelt sich der Datenschutz damit weg vom vermeintlichen „Supergrundrecht“ und hin zu einem werthaften Ordnungsprinzip, das immer größere Teile des Wirtschaftslebens immer umfassender durchdringt.

Diese Entwicklung mag sich freilich auch und gerade dann Bahn brechen, wenn die KI-Verordnung scheitert oder die Behörden nicht entsprechend benannt werden. Denn die Datenschützer haben deutlich zu erkennen gegeben, dass sie sich in jedem Fall dazu berufen fühlen, die Entwicklung Künstlicher Intelligenz steuernd mitzugestalten – mit oder ohne Mandat, unter Rückgriff auf datenschutzrechtliche Generalklauseln oder ethische Prinzipien. Kann oder will das Europäische Parlament Künstliche Intelligenz nicht regulieren, werden sie die Leerstellen füllen und die Freiräume nutzen, die ihnen die Parlamente, Gerichte oder anderweitig benannten Stellen lassen. Wie so oft führt das Scheitern demokratischer Prozesse dann zu einer Stärkung der Exekutive, in diesem Fall: von Behörden, die Probleme der Gegenwart mit den Mitteln der Vergangenheit zu lösen versuchen.

Naturrecht und Ethics-Washing

Big Tech Unternehmen wie Google oder Microsoft dürften dieser Aussicht gelassen entgegenblicken. Denn sie warnen zum Teil selbst vor einer Ausrottung der Menschheit, fordern Moratorien oder gründen Foren für den verantwortungsvollen Einsatz Künstlicher Intelligenz. Diese Warnungen, Forderungen und Institutionen erfüllen ähnliche Funktionen. Sie suggerieren enormes Potential, helfen dabei, staatliche Fördermittel zu organisieren und bremsen Wettbewerber aus. Sie lenken von handfesten Problemen wie der massenhaften Verletzung bestehender Rechte ab und zögern eine pflichtenscharfe Regulierung weiter hinaus. Es überrascht daher nicht, dass Branchengrößen und Industriemagnaten wie Elon Musk, Steve Wozniak oder Sam Altman medienwirksam Petitionen unterzeichnen und eine „Ethik-Waschmaschine“ nach der anderen gründen oder finanzieren.

Abstrakte Grundsätze wie Gerechtigkeit, Fairness, oder das Prinzip der Schadensvermeidung tuen niemandem weh. Sie sind leicht angreifbar, schwer zu operationalisieren und kaum zu sanktionieren. Überraschend ist vor diesem Hintergrund vor allem, dass Politiker und Behörden dieses Spiel mitspielen und die Glaubenssätze einer Branche wiederholen, die in der Vergangenheit immer wieder durch systematische Rechtsbrüche aufgefallen ist. Die Schwierigkeiten, die mit sanktionsloser Selbstregulierung einhergehen, können nur durch kluge Rechtsetzung und effektive Rechtsdurchsetzung wirklich gemeistert werden. Der Rückgriff auf materiale Werte ist weder das eine noch das andere.

Jascha Bareis

BigTech's Efforts to Derail the AI Act

doi: 10.17176/20231205-141651-0

What is happening at the regulatory finish line?

Things have been quite hectic on the European Union's floors lately. The Artificial Intelligence Act (AI Act), the ambitious European AI regulatory proposal that was proposed by the European Commission in April 2021, is reaching the finish line.

The trilogue between Commission, Parliament and Council is supposed to finalize the AI Act by 6 December, before the European Parliament will be dissolved for next year's parliamentary elections. But the AIA negotiations "hit the brakes" on a deadlock on 10 November in the trilogue: Germany, France and Italy, Europe's most powerful economies and political heavyweights, refused to put so-called foundation models under tighter regulation. The EU Parliament and the Spanish presidency had proposed a tiered approach to introduce a stricter regime for "high-impact" foundation models, including risk mitigation reviews such as pre-deployment red-teaming (i.e., testing how resilient a model is to security bypasses, and manipulation of functionality) and post-deployment auditing (i.e., an external review of the model and dataset to see if there are biases or other security concerns). Under pressure from big European AI companies such as Aleph Alpha and Mistral, which develop such foundation models, Germany, France and Italy teamed up and published an agreement in which they declared that restrictive regulation shall be lowered to "mandatory self-regulation through codes of conduct".

The proposition basically means nothing more than the declaration of some lofty ethical principles, with no external check on whether they are actually implemented, or any sanctioning mechanism if they are not. The outcry against such regulation-washing was immediate. AI experts published and sent a letter of concern to the German government on 28 November, warning that "if coverage of foundation models is dropped, a weakened or failed AI Act would be regarded as a historic failure."

What are foundation models and why should we care?

Why all the fuss about foundation models? As the term implies, foundation refers to a process of *homogenisation* and *generalization* of AI models that serve as the main building block for more specialized AI applications. Article 3(1)(1)(c) of the most recent AI Act proposal of the European Parliament states: " 'foundation model' means an AI system model that is trained on broad data at scale, is designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks." Foundation models represent a recent paradigm shift in AI (Bommasani et al), particularly in speech and image processing, where they drive state-of-the-art models that drive popular programs such as ChatGPT, Bard, or DALL-E. The following characteristics (ibid: pp.4) pinpoint what makes them foundational:

Transfer learning: Foundation models allow to take the " "knowledge" learned from one task (e.g., object recognition in images) and apply it to another task (e.g., activity recognition in videos)" (see illustration).

Performance: Recent improvements in hardware performance and model architecture enable unprecedented powerful data processing capabilities ("GPU throughput and memory have increased 10x over the last four years").

Scale: Access to an immense amount of data has made it possible to train models for greater statistical accuracy and robustness.

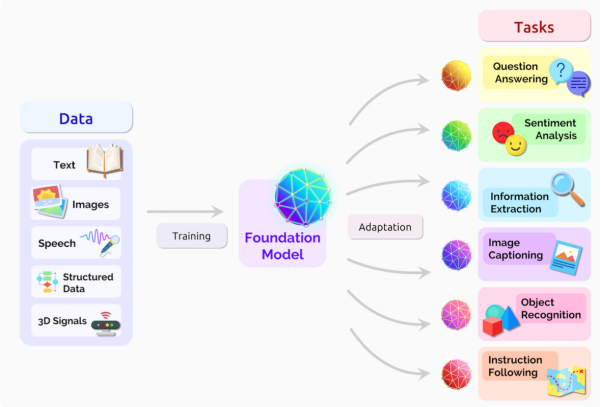


Diagram from https://arxiv.org/abs/2108.07258

In the current data and AI economy, very few powerful companies own the infrastructure necessary to develop foundation models. Only deep-pocketed tech companies can build so many server farms and high-performance CPUs, attract the best computer scientists around the world and, above all, access the massive amounts of data needed to train such models. Hence, AI development worldwide is increasingly reliant on highly centralized and resource-intensive infrastructure controlled by private tech giants.

Especially BigTech companies from the US, such as Meta and Alphabet, and from Europe, such as Aleph Alpha and Mistral – companies that hold the necessary infrastructure – are so determined to water down the current paragraph on foundation models in the AI Act. It is precisely the transferability and adaptability of these models to perform tasks in all social domains – ranging from healthcare (visual cancer detection), education (large-language-model writing tools) to social scoring (risk assessment for credit or social aid) – that makes their strict regulation so pivotal. Without thorough assessment, potential security gaps, performance issues or discriminatory biases can be disseminated and scaled widely into other AI applications. The German, French and Italian proposal shifts all compliance and liability costs from the shoulders of the biggest AI companies to the thousands of downstream users, public agencies and small-and-medium enterprises that adapt and deploy them.

BigTech's systematic deregulatory narratives

The show-down regarding foundation models in Brussels is one more chapter in the unprecedented lobbying efforts of the private sector on EU AI regulation. Reports by the 'Corporate Europe Observatory' (CEO) and 'Transparency International' show how BigTech, corporate think tanks, and trade and business associations are active in blocking and watering down AI regulation in Brussels. BigTech, largely dominated by US firms, have "spen[t] over € 97 million annually lobbying the EU institutions [...] ahead of pharma, fossil fuels, finance, or chemicals" (CEO, 2021: 6). This goes hand in hand with great access to the top European floors. Industry lobbyists had by far the most meetings with the EU Commission for the Digital Service Act and Digital Markets Act negotiations (192 out of 271 meetings) and are most active in agenda and standard setting. Since the beginning of the negotiations around the AI Act, "tech companies have reduced safety obligations, sidelined human rights and anti-discrimination concerns" (CEO, 2023: 3).

The fact that final EU policy decisions are now taken in the trilogue behind closed doors, without any public transparency, favors the powerful BigTech lobbies, "as secrecy means that only the well-resourced well-connected lobbying actors can follow and intervene in trilogues, and excludes citizens from crucial discussions that will have an impact on their lives." Most politicians and Big Tech lobbyists greet each other through revolving doors anyway, as "three quarters [!] of all Google and Meta's EU lobbyists have formerly worked for a governmental body at the EU or member state level" (CEO, 2023: 7).

Money and access allow BigTech lobbyists and company leaders to stage key *narratives* that attempt to push policy makers towards a deregulatory agenda. What do they tell ministers at dinners and canapés floor meetings? Revealed documents by lobby control initiatives allow to deduce a pattern.

"Being irreplaceable and indispensable"

Notions of 'break-through' and 'revolution' are well-used metaphors in order to create a sense of urgency and menacing opportunity costs around AI development. The outcry and hype around Chat-GPT earlier this year was a prime example of how key figures in BigTech adopted an alarmist and messianic narrative of social disruption to pressure regulators. The lobbying narrative of BigTech's "irreplaceability" when it comes to problem solving narrows down societal perceptions and alternative pathways. It represents a techno-solutionist (Morozov) dogma that tries to reframe social problems as technical ones. Then the question discussed is only *how* to implement or *fix* AI systems, hence, narrowing down tech as the only problem solving repertoire. This strategy relinquishes democratic zones of contestation (Powles and Nissenbaum), namely, the vast problem-solving possibilities that do not rely on AI at all. It is well studied in political communication (Bareis&Katzenbach) how governments around the world have embraced these tech-narratives instead of acting as sober watchdogs.

This dependency, so far, is a myth, because at the moment none of BigTech's inventions deserves the naming of a social 'revolution'. Chat-GPT and social media are tools and platforms which, indeed, do influence our everyday lives, but society is definitely not dependent on them. But with more public administrations letting BigTech build central infrastructure and adopt their models,

this dependency grows. "[T]hese companies control the tooling, development environments, languages, and software that define the AI research process – they make the water in which AI research swims" (Whittaker). From this perspective it is imperative to regulate foundational models and not let them off public control.

"Fear international competition"

The narrative of being indispensable for societal well-being is amplified by situating European economies in a fierce arena of international competition. The greatest threat staged by US tech figures aligned with the American government is a technology race against China, harnessed within a positioning of capitalist and geopolitical striving. The motive here is to create a powerful rhetorical triangle, staging "an interdependent connection between technology advancement, economic performance, and the resilience capabilities of a society".

However, it remains questionable why the EU would want to compete with a Chinese business model that embodies exactly what the EU's fundamental rights approach and risk-based AI regulatory framework is supposedly designed to prevent. Why would the EU want to compete with an authoritarian regime that uses data and the latest AI models to surveil and control its society, with social media companies like TikTok engaging in shadow banning to filter out 'critical' content? Even the US government has reversed its previous deregulatory stance on AI and just issued (30 October) an executive order on AI regulation that explicitly targets foundation models with mandatory federal notification of "all red-team safety tests".

"Self-regulation through mandatory codes of conduct"

The mandatory self-regulatory proposal by Germany, France and Italy caters to the public accountability narrative BigTech has been trying to install in public. For years stakeholders in the field have been outdoing each other with claims to ethical AI and codes of conduct to ensure a socially desirable implementation of AI (Jobin et al). The publication of ethical guidelines in the private and public realm has become so plentiful (and repetitive) that it has reached a scale that is hard to keep track of. Self-declared corporate ethical principles attempt to install a corporate image of public responsibility and care. Essentially, though, it has proven to be a strategy for escaping legal regulation (Wagner). How shall a rule be mandatory, after all, if there is no enforcement or sanction mechanism?

Will the EU exempt BigTech from accountability and liability?

Watering down the AI Act in its final stages of negotiation would be detrimental to the public image of the AI Act as well as its EU regulatory bodies. Certainly, the AI Act already has its caveats (Guijarro), but to exclude foundation models from regulation would be the fundamental blow.

Foundation AI models are high-risk models and need to be regulated before they enter society. Given that in the past years, BigTech only took responsibility for hate speech after being regulated, there is little hope that it will be any different with foundation models. So far BigTech has been caring little about societal polarization, disinformation on its platforms, about the ecological footprint or dual use of its inventions – or paying their fair share of taxes.

It is again unacceptable that citizens are treated as a public laboratory while the wealthiest and biggest tech players are exempted from accountability and liability. The AIA must include foundation models to be a regulation worthy of its name.

Philipp Hacker

What's Missing from the EU AI Act

Addressing the Four Key Challenges of Large Language Models

doi: 10.17176/20231214-111133-0

The AI Act negotiators may still have been recovering from the political deal that was struck during the night of December 8 to 9 when two days later Mistral AI, the French startup, open sourced its potent new large language model, Mixtral 8x7B. Though much smaller in size, it rivals and even surpasses GPT 3.5 on many benchmarks thanks to a cunning architecture combining eight different expert models. While a notable technical feat, this new release epitomizes the most pressing challenges in AI policy today, and starkly highlights the gaps left unaddressed by the AI Act: mandatory basic AI safety standards; the conundrum of open-source models; the environmental impact of AI; and the need to accompany the AI Act with far more substantial public investment in AI.

Why We Must Address These Issues Now

These challenges are not just theoretical concerns but real and immediate. The rapid advancement in AI technologies, exemplified by the recent releases of Google's Gemini, Mixtral 8x7B, Claude 2.1 et al., requires an equally swift and thoughtful policy response. The current AI Act, while a step in the right direction, does not sufficiently tackle core issues, leaving the EU vulnerable in key areas of AI development and regulation.

After three days of intense negotiations, the EU did converge on minimum standards for all foundation models (called general-purpose AI models in the AI Act) and more stringent rules for so-called high-impact foundation models with systemic risk. However, the minimum standards are actually extremely weak – a tiger too toothless, in my view. They include mere transparency and limited copyright provisions. By default, stricter rules for high-impact models kick in if the model was trained with more than 10^25 FLOPs (floating-point operations, roughly equivalent to calculation steps). However, for as much as we know, only GPT-4, and perhaps Gemini as well as one or two other models, cross that threshold. As the recent Mistral model shows, the tendency is to develop more potent smaller models. Yet, even "smaller" models, for example in the range of 10^24 FLOPs (e.g., Bard, ChatGPT), exhibit significant AI safety and cybersecurity risks that cannot be left to self-regulation. If you want to play Champions League, you have to stick to the Champions League rules. And those rules are binding, not voluntary like the Disinformation Code of Practice that Twitter famously withdrew from when its new owner did not like it anymore.

Such a framework is clearly insufficient when it comes to the currently most powerful technology. If regulation excludes foundation models (FMs), the regulatory burden is shifted to the downstream deployers. Fixing the error in the deployment a thousand times is worse than tackling the problem once at the source (= FM) – a clear least-cost avoider argument from standard (and very economically liberal) law and economics. Rightly tailored foundation model regulation is economically efficient, and self-regulation is both inefficient and dangerous in this domain. Against this background, here is what needs to be done to plug these gaps in the AI Act going forward:

Mandatory Basic AI Safety Standards

The first glaring omission in the AI Act is a comprehensive framework for AI safety for all foundation models, including cybersecurity, mandatory red teaming against illegal content, and content moderation. Large language models are capable of generating content at an unprecedented scale. This makes them highly valuable assets in many high-impact domains, from medicine to education. However, without stringent guardrails, this opens the floodgates not only to a deluge of potential misinformation and hate speech, but also cyber malware, and help for biological and chemical terrorism, as the Dutch Cyber Security Center notes. Insufficient cybersecurity measures propagate down the AI value chain and may open backdoors to a wide variety of applications for malicious actors, with a state or non-state background. To counteract this, best industry practices already include red teaming and the introduction of safety layers to guard against

such abuse by malicious actors.

The AI Act should have mandated this for *all* foundation models, but it did not. A way forward is to require a robust, decentralized content moderation system, much like the Digital Services Act (DSA). If the AI Act does not take this on board in the next few weeks, it could be added to a revised DSA. The provisions of Articles 16 and following of the Digital Services Act, including trusted flaggers and a notice-and-action mechanism, should urgently be extended to the domain of Generative AI. The reason for this is to establish a more effective and decentralized system for flagging and removing toxic, harmful, or outright dangerous content generated by AI systems still plaguing GenAI – crucial ahead of the next global election cycles (US, EU, and beyond). This mechanism would bolster the existing, but voluntary industry practices by incorporating community-driven oversight (e.g., via registered NGOs).

Some might argue that these measures could stifle innovation or are too ambitious. However, the rapid development and potential risks of AI technologies necessitate bold steps. Does sensible FM regulation deter innovation? The plain answer is: No. A new study finds that even for quite advanced but not even top-notch 10^24 FLOPs models, such as Bard, ChatGPT etc. (i.e., lower than GPT-4 and Gemini), expected compliance costs only add up to roughly 1% of total development costs. This is a sum that everyone, including smaller European providers such as Mistral, and Aleph Alpha, can and should invest in basic industry best practices for AI safety.

Balancing Open-Source Innovation and Public Safety

The decision to release Mixtral 8x7B as open-source, just like Meta's Llama 2 or the Falcon family, while championing transparency and accessibility, highlights significant public safety concerns. Generally, open-source models present undeniable advantages that are essential in the broader AI landscape. They act as a counterbalance to monopolizing tendencies in the foundation model market, fostering a more diverse, competitive, and accessible AI ecosystem. However, once powerful enough, the risks of open sourcing arguably outweigh the benefits. Unregulated access to such powerful models can lead to malicious abuse, including malware generation and terrorist uses. Importantly, if the model can be downloaded, safety layers can be quite easily – and even inadvertently – removed. Hence, the EU seriously needs to rethink its stance on open-source AI models, which are currently freed from regulation unless they constitute systemic-risk models. From a certain performance threshold on (e.g., well below the current one: e.g., 10^23 FLOPs or GPT 3.5 equivalent benchmark performance), a prohibition on full open sourcing should kick in, at least until we better understand how to engineer safety features into the models. Rather, a more controlled access system, where usage can be monitored and regulated via hosted access, is necessary. Importantly, this doesn't mean stifling innovation but rather channeling it responsibly.

Such rules should be coupled with a framework granting access to vetted researchers – Article 40 DSA provides a template. The rationale again is to allow for independent verification of stress tests and benchmarks. Thus, open models would be closed, in a responsible way (via hosted access), but closed models would simultaneously opened up (via vetted researchers). Even OpenAI would then have to live up to its name again. Currently, it is great that many companies are doing voluntary safety testing and research, but these results must be verified externally – that's just standard academic and safety practice. Such access ensures that oversight does not solely rest with the providers of the models alone (and notoriously resource-constrained regulatory bodies) but involves the academic community at large. Trust, but verify.

Addressing AI's Environmental Footprint

Large AI models relate to another, truly existential "safety concern": climate change. The AI Act deal includes the first provisions concerning the environmental impact of AI systems, a commendable step toward sustainable AI regulation. However, they fall short of a more comprehensive framework. While AI applications can be beneficial for the environment, the astronomical computational power and water resources needed for training and deploying large-scale AI models also significantly contribute to climate change, complicating global sustainability efforts at a time when immediate action is vital. By 2027, AI models are projected to consume the energy equivalent of a country like Argentina or the Netherlands. It is vital that future iterations of the AI Act expand upon these rules to ensure that the AI industry progresses in an environmentally sustainable manner, with a more rigorous approach to the assessment, mitigation, and ongoing management of the environmental footprint of AI systems

– including mandatory sustainability impact assessments and a possible extension of the Emissions Trading System to data centers and other high-consuming IT processes.

Boosting Investment in AI

Finally, and most importantly from an economic perspective, the European AI framework overlooks a critical component for advancing AI innovation in Europe, and beyond – public investment. Norway alone has just dedicated 1 bio. NOK to AI advancement; the UK invests 300 Mio. pounds in AI supercomputing; President Biden's 2024 budget allocates $2 billion to sustain the U.S.'s leadership in fields including AI, complemented by an additional $1 billion for research in key areas like AI and quantum information systems. The US National Science Foundation announced an investment of $10.9 million in research for safe AI; China invested 1 billion yuan in May 2020 and already announced in 2017 it wants to become worldwide dominant in AI development by 2030; Saudi Arabia plans to invest approximately SAR 75 billion by 2023 (since 2020); the company G42, which has ties to the UAE, signed a $900 million deal with a chip startup to build supercomputers; the Australian Government announced in May 2023 to invest $101.2 million to support companies to integrate quantum and AI technology into their operations, and recently planned to collaborate with Microsoft to explore the safe and responsible use of GenAI. To compete on a global stage with AI powerhouses like the US and China, the EU must significantly increase, pool, and make visible its public investment in AI. The aim should be to not only match but surpass current AI capabilities, as evident in models like GPT-4, and to pave the way for sustainable AI technologies. This is not an issue for single Member States.

The AI Act deal should have been paired with an announcement of massive amounts – in the dimension of billions of euros – in EU and collective Member State funding for AI research and deployment: in compute infrastructure, chips production, and talent retention. Only in this way, the EU can secure strategic independence in a key technology of the 21st century, and prevent the same geostrategic dependencies that brought Europe to the border of chaos in the field of oil and gas supply. Europe is lagging far behind when it comes to cutting-edge AI model production – with only very few exceptions –, and this is clearly becoming a geostrategic problem in the current international environment.

Overall, the December deal on the EU AI Act is a commendable starting point, but it's time to build upon it. Now, the hard work starts. Not only in ironing out the technical details, but also in setting the right priorities, between ensuring minimum standards in critical safety areas and fostering a climate for innovation and development. This necessitates a collaborative effort from policymakers, industry leaders, and the academic community to revisit and refine the Act. We must not only meet the challenges posed by AI but harness its full potential for a progressive, competitive, and responsible digital Europe.

This blog post has been updated on December 16, 2023.

Hannah Ruschemeier, Rainer Mühlhoff

Daten, Werte und der AI Act

Warum wir mehr Ethik für bessere KI-Regulierung brauchen

doi: 10.17176/20231216-111157-0

In der letzten Woche erschien hier ein Text mit dem unterstützenswerten Anliegen, auf die Problematik von Ethics-Washing in der Diskussion um die Regulierung Künstlicher Intelligenz und Datenschutz hinzuweisen. Wir meinen, dass dazu andere Fragen gestellt werden müssen, als diejenigen, die der Beitrag aufwirft, und zweitens die angesprochenen Aspekte differenziert werden sollten. Angesichts zahlreicher legislativer Desiderate des KI-Verordnungsvorschlags und des nicht abgeschlossenen Gesetzgebungsprozesses sind diese Diskussionen zu Grundlagen von Technologie-Regulierung aktuell auch dringend geboten.

Wir plädieren dafür, Ethik und Werte nicht als Gegensätze zu einer demokratischen Gesetzgebung zu verstehen, sondern als notwendige Komponenten einer informierten regulatorischen Debatte, insbesondere in einem Regulierungsfeld, welches sich nicht allein durch juristische Argumentation bespielen lässt, sondern die nicht rechtlich determinierten, hoch komplexen Charakteristika von KI und Big Data zwingend berücksichtigen sollte.

Regulatory Capture anstatt Ethics Washing

Zunächst ist die Strategie von Big Tech Unternehmen, sich ethische Leitlinien zu eigen zu machen, um damit von „echter" Regulierung abzulenken, tatsächlich ein großes Problem für die gesellschaftliche Beherrschung der Risiken durch KI-Technologie. Ethics washing, wie der Begriff in der Literatur etabliert ist, bezeichnet die strategische Platzierung und Betonung ethischer Prinzipien oder Leitlinien durch industrielle Akteure zum Zweck der Imagepflege. Ähnlich wie beim greenwashing wird beim ethics washing also nur PR-strategisch suggeriert, ethische Prinzipien seien für ein Unternehmen leitend. Dies kann das Ziel haben Kosument:innen-Entscheidungen oder die wahrgenommene Dringlichkeit regulatorischer Eingriffe zu beeinflussen.

Während all dies seit längerem zu beobachten ist, liegt ein noch größeres Problem inzwischen allerdings ganz woanders: Big Tech Unternehmen formulieren zwar immer noch ethische Leitlinien, sie wirken darüber hinaus aber auch gezielt auf Regulierungsprozesse ein. Aktuell zeigt sich, dass es tatsächlich in ihrem ökonomischen Eigeninteresse zu liegen scheint, solche Regulierung aktiv zu fordern, insbesondere wenn sie diese dabei als first movers beeinflussen können – ein Vorgehen, bei dem vor allem die große Industrie versucht, sich kleine Konkurent:innen vom Hals zu halten. Auch der viel erwähnte offene Brief des Future of Life Instituts mit der Forderung eines "KI-Moratoriums", den zahlreiche Größen aus der Tech-Industrie unterschrieben haben, geht in diese Richtung und ist zu einem wahren PR-Stunt für das vermeintliche Verantwortungsbewusstsein der Industrie geworden.

Die Trennung zwischen „ethischen Grundsätzen", die Big-Tech-Unternehmen für sich kultivieren, und „echter Regulierung" suggeriert fälschlicherweise, dass letztere von Einflüssen der Industrie gefeit sei. Der KI-Verordnungsvorschlag wird allerdings die DSGVO als „most lobbied piece of legislation in the history of the EU" ablösen. Die gezielte Einflussnahme von Interessengruppen auf demokratische Gesetzgebungsprozesse oder auch Vollzugsentscheidungen (regulatory capture) ist kein neues Phänomen, aber zurzeit in der Digitalgesetzgebung besonders sichtbar. Ganz aktuell: Die Regulierung von foundation models in der Version des KI-Verordnungsvorschlags, die in der Nacht vom 8. auf den 9. Dezember verkündet wurde, ist unzureichend. Im Nachgang dieses Erfolgs seiner eigenen Lobbyarbeit hat das französische Startup Mistral AI bereits zwei Tage später sein leistungsfähiges large language model Mixtral 8x7B open source zur Verfügung gestellt.

Epistemic Capture

Neben den offenen Forderungen nach Regulierung, die in der Interessenlogik der Big-Tech-Unternehmen primär auf die für ihre ökonomischen Bestrebungen „richtige" Regulierung zielen, tritt noch ein zweiter Aspekt von regulatory capture durch Big-Tech- Firmen, der wesentlich

weniger sichtbar ist: die Einflussnahme durch Wissensproduktion, insbesondere durch wissenschaftliche Beiträge. In als besonders technisch wahrgenommenen Regulierungsfragen ist wissenschaftliche Expertise besonders gefragt, dies wurde beispielsweise in der Covid-19-Pandemie sehr deutlich. Die Beiträge der Forschungsabteilungen der globalen Tech-Firmen im Bereich Informatik, aber auch zu ethischen und anderen normativen Fragen digitaler Technologie, sind inzwischen unüberschaubar. Dieses spezielle Fachwissen erlangt in Regulierungsdebatten dann zusätzlich ein besonderes Gewicht, wenn nur eine überschaubare Anzahl an Firmen die Produkte entwickeln können, die Regulierungsobjekte sind – wie im Fall der großen foundation models als Grundlage für die populären generativen KI-Anwendungen. Den industriellen Akteuren kommt hier ein erheblicher Wissensvorsprung zu. So zeichnet der Stanford AI Index nach, dass bis 2014 die meisten wichtigen Machine Learning Modelle von Universitäten veröffentlicht wurden, 2022 waren es nur noch 3 im Vergleich zu 32 aus der privaten Wirtschaft.

So haben Big Tech Unternehmen einen erheblichen Einfluss auf die Produktion regulierungsrelevantem Wissens in der Form wissenschaftlicher Publikationen. Das ökonomische Machtübergewicht von Big Tech setzt sich folglich in einer Unterspielart des regulatory capture, die man "epistemic capture" nennen könnte, im Bereich der wissenschaftlichen Publikationen fort, da universitäre Forschung hier nicht mithalten und kleinere Unternehmen sich entsprechende Forschungsabteilungen schlicht nicht leisten können. Viele Beiträge der großen Tech-Unternehmen befassen sich vordergründig kritisch mit sozialen und gesellschaftlichen Implikationen der von ihnen entwickelten Technologien (z.B. hier oder hier). Der Fall von Timnit Gebru, die Google wegen eines Streits über die Veröffentlichungsfreigabe eines Papers, das für die heutige regulatorische Diskussion im Übrigen erhebliche Brisanz enthält (On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Large Language Models Be Too Big?), zeigt aber, dass Firmen grundsätzlich Forschung betreiben, die nicht dem öffentlichen Interesse, sondern ihrem ökonomischen Gewinnstreben verpflichtet ist. Diese Mechanismen führen zu einer Knowledge-Closure, die konservative und orthodoxe Regulierungsansätze bevorzugt und mit dem Rückbezug auf eine Kultivierung unbestimmter und nicht vollziehbarer ethischer Vorgaben nicht hinreichend adressiert ist.

KI Regulierung und demokratische Defizite

Wie andere bereits dargelegt haben, beantwortet der AI Act in seinem Normtext die „hard normative questions" in Bezug auf die gesellschaftlich tragfähige Verwendung von KI-Technologie nicht und wird dies vermutlich auch in der finalen Version nicht tun. Dies liegt weniger an einem übermäßigen, sondern an einem zu spärlichen Rückgriff auf ethische Prinzipien in der Regelungs- und Vollzugsstruktur, die dem Verordnungsvorschlag zugrunde liegt. So kommt es zu einem demokratischen Defizit, das sich darin manifestiert, dass die privaten Standardisierungsorganisationen CEN und CENELEC erheblichen Einfluss auf die Auslegung des AI Acts haben werden. Denn Art. 40 sowohl des Kommissions- als auch des Parlamentsvorschlags sieht vor, dass bei einer Übereinstimmung mit den harmonisierten Standards vermutet wird, dass die Pflichten des 2. Kapitels für Hochrisikosysteme (und foundation models im Parlamentsvorschlag) bereits erfüllt sind.

Standardisierungsprozesse sind aus anderen Regulierungsbereichen bekannt und erprobt, im Bereich der KI-Regulierung stellen sich aber besondere Wertungsfragen (Was ist effektive menschliche Aufsicht? Welche Diskriminierungen sind sanktionswürdig? Welche Kontexte und Formen der personalisierten Werbung stellen eine ungebührliche Manipulation dar?), die durch die Skalierung der Technologie in fast alle Lebensbereiche einen grundlegenden demokratischen Konsens erfordern. Diese normativen Fragen sind von genuin ethischer und politischer Natur, ihre Entscheidung sollte faktisch weder den Geschäftsmodellen von globalen Firmen noch privaten Standadisierungsorganisationen überantwortet werden. Gerade deshalb brauchen wir eine gesellschaftsweite ethische Problematisierung dessen, was mit diesen Standardisierungsprozessen auf dem Spiel steht.

Bei der Aushandlung der mit KI verbundenen komplexen normativen Fragen steckt der Teufel wie immer im Detail: Der politische Prozess auf Unionsebene erschwert es, sich in einem Verordnungsformat auf präzise Vorgaben in normativ höchst anspruchsvollen Fragen zu einigen. Ethische Prinzipien könnten in diesem Rahmen aber zu einem „Mehr" statt einem „Weniger" an demokratischer Einflussnahme führen. Denn eine ethische Debatte würde im Idealfall zur allgemeinen Bewusstseinsbildung auch der Wahlbevölkerung beitragen und der Technokratisierung der anstehenden normativen Fragen entgegen-

wirken. Ethische Argumente können darüber hinaus für eine Offenlegung der politischen Entscheidungsprozesse in Stellung gebracht werden. Bestimmte Wertungsentscheidungen könnten so auf unterschiedliche Akteure verlagert werden, um in partizipatorischen Prozessen den sich aus wenig präzisen Rechtsvorgaben ergebenden Entscheidungsspielraum der Anbieter:innen durch Vorgaben einzugrenzen.

Ethisierung der Datenschutzaufsicht?

Der vorangegangene Beitrag verfolgt die These, dass sich Datenschutzaufsichtsbehörden in einem Akt naturrechtlicher Selbstermächtigung auf "Werte, die neben oder über dem Recht gelten", berufen würden. Ob die nationalen Datenschutzbehörden als KI-Aufsichtsbehörden nach Art. 59 KI-VO-E benannt werden ist offen; das ungeklärte Verhältnis von KI und Datenschutz ist jedenfalls kein Gegenargument. Für die Benennung der Datenschutzbehörden spricht vielmehr, dass dort Expertise in grundrechtsrelevanten Fragen von Technologie-Regulierung angesiedelt ist, die angesichts des verpflichtenden "fundamental rights impact assessments" dringend gebraucht wird.

Ethische Aspekte sind in der Diskussion des grundlegenden Konflikts zwischen dem Datenschutzrecht de lege lata und den neuen Möglichkeiten und Herausforderungen von KI-Technologie keine Ablenkung von "echten" Regulierungsfragen, sondern neben grundrechtlichen, demokratischen und sozialen Erwägungen notwendige Argumentationsstränge in einem multipolaren und komplexen Feld verschiedener Interessen, Werte und Prozesse. Deshalb entwickeln die Datenschutzbehörden durch Beteiligung an ethischen Erwägungen aus unserer Sicht keine Zuständigkeiten, die ihren gesetzlichen Auftrag übersteigen. Insbesondere ist die Berücksichtigung anderer (rechts-!)normativer Vorgaben wie des grundrechtlichen Diskriminierungsverbots keine ethische Überfrachtung juristischer Dogmatik, sondern rechtlich geboten. Datenschutzrecht ist Grundrechtsschutz; Diskriminierungsschutz ist bspw. durch Art. 9 DSGVO rechtspositiv im Datenschutzrecht verankert. Auch die abwägungsoffenen Prinzipien des Datenschutzrechts sind keine Besonderheit dieses Rechtsgebiets.

Zum Verhältnis von Ethik und Recht

So führt die Kritik des vorangegangenen Beitrags zu der Frage, wie sich Ethik und Recht in Normsetzungsprozessen und Aufsichtsstrukturen zueinander verhalten. Dabei ist die Ausgangslage der Ethik durch die viel kritisierten Praktiken des industriellen ethics washing zur Zeit denkbar schlecht. Dennoch wäre es falsch – denn es würde ja paradoxerweise genau die Intentionen industrieller Akteure verstärken –, Ethik und Recht gegeneinander auszuspielen. Die sehr berechtigte Kritik der Tendenz des ethics washings läuft in der Weise, wie sie diskursiv überbetont wird, darauf hinaus, das Kind mit dem Bade auszuschütten und Ethik insgesamt in der gesellschaftlichen Wahrnehmung und in ihrer Rolle als kritisches Korrektiv zu diffamieren. Aus ethics washing wird dann ethics bashing, wenn eine Jahrtausende alte philosophische Disziplin in ihrer gesellschaftlichen und demokratischen Relevanz verkannt wird.

Schon bei Aristoteles ist zu lesen, dass ethische Exzellenz die Charaktertugend der guten Politiker:in ist, und ethischer Diskurs der Weg und Prozess, diese Exzellenz zu erlangen. Angesichts neuer Technologien, deren gesellschaftliche Auswirkungen zum Teil unabsehbar und mitunter nicht im Repertoire hergebrachter politischer Prinzipien kritisierbar sind, ist eine kritische, machtbewusste und unabhängige ethische Debatte eine wesentliche Voraussetzung für die intelligente und treffende Konstruktion von Regulierungsmechanismen. Genauso hängt übrigens die ethische Debatte von einer grundlegenden Bezugnahme zur Rechtslage und Rechtsdogmatik ab, um umsetzbare und an die Geschichte der rechtlichen Normierung anschlussfähige Prinzipien zu erarbeiten. Im Fall von Datenschutz und Privatheit zeigt sich die ethische wie regulatorische Neuartigkeit des Problems zum Beispiel an der kollektiven Wirksamkeit unserer Datenpraktiken, die den individualistischen und liberalen Zuschnitt des tradierten Datenschutzrechts unterläuft, wie hier, hier, hier und hier argumentiert.

Das ungeklärte Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und KI-Regulierung resultiert zudem auch daraus, dass im Digitalisierungsbereich eine Vielzahl von neuen Rechtsakten erlassen wurde, deren Interdependenzen sich erst in der praktischen Anwendung zeigen werden. Im Wege dieser Umsetzung sollten ethische, technische und soziale Fragen eine Rolle spielen und von den zuständigen Aufsichtsbehörden auch berücksichtigt werden.

Conclusio

Effektive Regulierung durch demokratisch legitimierte Normsetzung ist im Bereich KI und Daten dringend erforderlich. Ethische Argumente streiten aus unserer Sicht aber nicht gegen, sondern für eine effektive und progressive Regulierung. Recht braucht die Ethik insbesondere im Bereich neuer Technologien mit ihren in klassischen Begriffen nicht erfassbaren Herausforderungen für Daten- und Privatheitsschutz. Die ethischen und philosophischen Debatten beispielsweise um Privatheit haben maßgeblich dazu beigetragen, die demokratischen Dimensionen dieses Schutzguts, überindividuelle Risiken und Machtdimensionen offenzulegen. Das wichtige Schutzgut der Privatheit ist nicht rechtlich determiniert, es besitzt einen anderen Status als Eigentum, Ehe oder Vereine, und ist anders als Leben oder körperliche Unversehrtheit auch nichts Natürliches (siehe hier). Ethische Erwägungen können rechtliche Regulierungsdebatten sowohl im Entstehungsprozess prägen, als auch in der Rechtsanwendung beeinflussen. Wir halten dies für ebenso geboten, wie technische, soziale und politische Aspekte zu berücksichtigen.

Tekla Emborg

The EU's Pacing Problem

Why crafting and enforcing AI regulation is hard

doi: 10.17176/20231220-111227-0

In 2011, legal scholar Gary Marchant argued that regulators are confronted by a pacing problem as "successive waves of technical change are washing over [societies]" at an exponential pace. Marchant referred to a lengthy list of specific advancements including robotics and biotechnology – today, Artificial Intelligence (AI) would probably be first on his list. Developments in Large Language Models (LLMs) exponentially accelerate developments in many other scientific fields, including in AI itself. Some suggest that AI will impact societies on a scale similar to the printing press, electricity, and the nuclear bomb. It might even be argued that AI has the potential to surpass these previous technologies in impact – as the co-founders of Center for Humane Technology, Aza Raskin and Tristan Harris, put it, "nukes don't make stronger nukes, but AI makes stronger AI". The speed of deployment of technology is also increasing at an exponential rate. For example, it took Facebook 4,5 years to reach 100 million users; it took Instagram 2,5 years; and it took ChatGPT two months (0,17 years). Exponential developments have the potential to leave a gap between technology and deployment on the one hand and legal-ethical oversight on the other hand. This is what has been named the pacing problem.

The EU regulators face a pacing problem. This has been demonstrated several times during the legislative process of the AI Act itself: for example, the initial Commission proposal from 2021 did not include a definition of General Purpose AI (GPAI). The proposal did not anticipate the rise of Large Language Models like ChatGPT and GPT-4 but only addressed AI systems designed for specific purposes. This lacuna in the original proposal has haunted the EU Parliament, Council and Commission in the past final weeks of the trilogue negotiations, where the inclusion of so-called Frontier Models has been hotly contested.

The pacing problem arguably can be addressed in two ways: a) increasing the pace of regulatory oversight; b) reducing the pace of technological development and/or deployment. The first option is the less controversial one which is more clearly within the control of the EU legislators. The second option faces political and industry opposition and is often accused of being impossible, unstrategic, or degressive. This is a narrative that has been supported and fuelled by industry players when lobbying for excluding Foundational Models from the scope of the AI Act.

I will focus on the first option here. However, the options are not mutually exclusive, and I believe we are losing out on important policy leavers by blankly disregarding the second option. Affecting the pace with which technology is developed and deployed into society may both be possible, strategic, and essential to ensure human progress on the long-term. The open letter in March 2023 calling for an interim international moratorium on training of models more powerful than GPT 4 illustrates that big parts of the industry and academia are concerned with the exponential advances in AI. The letter was signed by thousands of industry and academic expert salong with civil society organizations. Policy experts and makers should take this call for action seriously and explore what it would look like in practice to integrate an emergency brake on the development and/or deployment of highly capable AI should we turn out to need it in the near future.

Getting the EU legislative train up to speed

Delegation of power to the Commission

There are several methods of increasing the pace of regulatory oversight which have been on the drawing board in the process of drafting the AI Act. One way is by delegating broad powers to the European Commission to alter the scope of the High Risk regime under the proposed AI Act. This was proposed by the European Parliament proposal in May 2023. Delegated acts are 'non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act' (article 290 of the Treaty of the Functioning of the European

Union, hereinafter TFEU). They allow the Commission to modify legislation without the need for the cumbersome Ordinary Legislative Procedure (art 294 TFEU). The High Risk category of the AI Act is arguably the most significant category of the Act, as it applies to a large pool of systems and impose significant obligations on providers of the High Risk systems. While we must wait for publication of the final agreement of the trilogue negotiations to know the final shape of the obligations, all three proposals for an AI Act by the EU Council, Commission and Parliament suggested that providers of high-risk systems must, for example, put in place a risk management system; meet data quality requirements; and complete a pre-market conformity self-assessment. The importance of the High Risk category is highlighted by the fact that the AI Act presumes low risk – any systems that fall outside the scope of the defined categories do not give rise to obligations under the Act.

The scope of the High Risk Regime is determined amongst others by the *areas* and *use-cases* laid down in Annex III of the proposed Act. As an example, one of the 8 *areas* listed in the Council proposal is 'law enforcement', and one of the *use-cases* listed under this area is assessing the risk of persons (re)offending. The Commission proposals delegate limited power to the Commission to merely amend the particular use-cases listed under each area in Annex III. In contrast, the Parliament proposal suggested delegating power to the EU Commission to both add, remove, and amend areas as well as use-cases listed in Annex III. This latter proposal would increase the adaptability of the High Risk scope by giving the Commission more room to make alterations to Annex III. There are also other, less formalistic approaches that increase the wiggle room of the Commission, for example adoption of vague terms in Annex III which would allow the Commission to clarify the meaning of the terms in the future with interpretative guidelines etc. The scope of the High Risk regime could also be impacted by non-binding recommendations which often impact how terms are interpreted.

A strong AI Office

Another aspect increasing the pace of regulatory oversight would be to have an agile, centralized oversight body supporting implementation and enforcement of the AI Act as recommended by The Future Society. They suggest implementing a tiered authority model where a European AI Office oversees the most concerning regulated entities – for example providers of general purpose-AI or AI systems affecting more than 45 million people. Such a centralized body would have, inter alia, design features like a supervisory examination system where regulatory authorities are in close and ongoing collaboration with providers of Foundation Models. It could also be granted supervision and enforcement competences including the power to make binding decisions and order interim measures in case of urgency. Furthermore, the AI Office would establish public-private partnerships to set in place iterative feedback-mechanisms from SMEs and provide support for prospective high-risk AI providers within the Union to foster responsible innovation and combat the risk of monopolisation. The Future Society points to these design suggestions as the options that would make the AI Office outlined in the Parliament proposal function the most effectively, efficiently, coherently, and legitimately. In light of the pacing problem, strengthening information flows from AI industries to the regulators, and vice versa, is an important aspect of increasing the pace of regulatory oversight.

Potential backfiring when firing up the EU regulatory engine

One potential drawback of increasing the pace of regulatory oversight is some sacrifices to democratic legitimacy. Lack of input, output, and throughput legitimacy have historically been points of critique of the European Union. Wide delegations of power to the EU Commission enables the Commission to make decisions without active approval by the European Council of Ministers and the European Parliament – the two institutions in the EU regulatory framework designed to provide input legitimacy. However, delegated acts only enter into force if no objection has been expressed by either the EUP or the Council and can always be revoked by the Parliament and Council. This ensures that democratic control is maintained, while output legitimacy may be increased through more timely adaptation of the legislation to rapidly changing realities. Democratic legitimacy may also be an issue with regards to the AI Office – this must be taken into account when shaping the actual office and its legal framework.

There is also a potential objection that the increased flexibility to adjust the scope of the High Risk regime will create legal uncertainty that may discourage innovation and investments in AI development in the EU. This con-

cern is largely overruled by the massive European investment in AI, including by the Commission itself. For example, the Commission is investing billions of euros in AI research and innovation through the Horizon Europe, Digital Europe and Recovery and Resilience Facility alongside national investments across EU Member States. Furthermore, the Commission has led international dialogue on ethics with third countries including in the G7; systematically monitored and coordinated AI-related developments among Member States; and set up the European AI Alliance –these are significant efforts to promote the development and uptake of AI in the Union.

While the two measures suggested – wide delegation of power and a strong AI Office – probably fall short relative to the overhaul our political institutions need to deal with the exponentially increasing pace of technological development and deployment, they are within the scope of the proposals for the EU AI Act, and they would be steps in the right direction. Not much attention has been paid to the pacing problem in recent discussions of the Act, but as the final frantic minutes of the trilogues have passed this weekend, I can hardly wait to go search for higher regulatory gears and technology emergency brakes in the historical and long-awaited EU AI Act.

Ana Srovin Coralli, Irene Manganini, Fekade Abebe

A Duty to Rescue

Migrant Deaths at Sea and the Criminal Law

doi: 10.17176/20231220-111238-0

Reports of migrants drowning in the Mediterranean have, unfortunately, become more and more frequent in recent years (see, here, here and here). A recently published MSF report has highlighted the role 'pushbacks and systematic non-assistance to those at risk of drowning proliferate' play in this regard (p. 3). The report refers specifically to two events that happened in 2023 in which national authorities failed to launch rescue operations despite receiving the information on migrants in distress at sea hours before the tragedy (p. 7). One such event occurred at the end of February, when at least 94 people lost their lives off the coast of Cutro, Italy. The other reported event, which is taken as an illustrative example in this blogpost, is about the boat which capsized 50 nautical miles off the coast of Pylos, Greece on 14 June 2023. This incident remains one of the worst maritime disasters involving migrants, with at least 78 dead and an estimated 500 still missing.

In this blogpost, we assess whether a coast guard's failure to act in situations like the one on June 14 might violate an incumbent criminal law duty to rescue. We map the core elements of the duty to rescue under criminal law and how they might apply to such a scenario, using the abovementioned event of 14 June as an example. This criminal law duty, to be distinguished from the more widely known duty to rescue under the law of the sea, appears in the criminal law codes of most continental criminal systems, including those of southern European states. It aims to penalise the failure to rescue persons who find themselves in situations of emergency. We argue that these offences might provide a new avenue to question the failure of coast guards, and ultimately their states, to rescue migrants in distress at sea.

Understanding Duty to Rescue Offences

Under criminal law, duty to rescue offences establish the duty to provide aid to persons who find themselves in situations of emergency, including but not limited to situations of deadly peril. Under the laws of some countries, particularly in Anglo-American jurisdictions, this duty is always conditioned by the existence of a special relationship between an individual and a person in danger which can be based, for instance, in the individual's profession (such as a lifeguard in a swimming pool). In other legal systems, however, the duty to rescue is commonly used as a synonym for the so-called 'Samaritan laws' (e.g. Botte-Kerrison, Scordato and Weinrib), and is imposed on all individuals. Samaritan legislations are common in countries endorsing Continental systems of criminal justice (p. 683).

Even though its denomination and specificities vary across jurisdictions, the duty to rescue underpins offences which impose duties of immediate intervention on persons who find others in a situation of imminent danger. In the Greek Criminal Code, Article 288 provides for example that a) whoever hinders the necessary action to prevent or suppress a common existing or imminent danger (...) and b) whoever fails to offer the assistance that they could have offered in the event of an accident or common danger or necessity, without exposing themselves to substantial danger, should be imprisoned. Other examples can be found in the German and Italian Criminal Codes.

The Duty to Rescue and the Events of June 14

The key question here is whether failure to rescue offences can encompass the scenarios of migrants in imminent danger at sea such as that of 14 June. In this regard, it is noteworthy to mention that since duty to rescue laws are phrased in vague terms, courts can be flexible in establishing which scenarios they capture. For example, the International Criminal Tribunal for Rwanda concluded in *Rutaganira* that the duty to rescue found in the Rwandan Criminal Code had mandated the defendant to assist Tutsi civilians in danger due to his authority and official position (§82).

Despite this flexibility, certain requirements are common to failure to rescue offences. For instance, their ap-

plication requires that a person be in serious peril (p. 938), generally understood to include perils which can cause death, serious bodily injury, or serious impairment to physical health to a person (p. 476). However, the source of peril is irrelevant. In the 14 June case, the boat was unseaworthy and overcrowded. Also, the passengers were calling for help because of their concrete risk to capsize. Moreover, many migrants had already died since the beginning of the journey, providing further evidence that the situation already posed a risk to the migrants' life. Consequently, the requirement of 'serious peril' appeared to have been fulfilled.

The precise moment a duty to rescue arises is not usually specified in failure to rescue laws. One view is that the relevant moment is when the peril is of such nature as to require immediate intervention, although this question is usually interpreted on a case-by-case basis (for an example of an interpretation, see p. 478). The duty could be said to have already materialised in the scenario at hand, given that the boat with migrants had not been moving for hours and there had been several attempts by the migrants to show the need for immediate intervention (e.g. distress calls received by the authorities).

A further precondition for holding someone criminally responsible for failing to aid another person is that they could have provided assistance without exposing themselves or others to a greater risk (p. 889). In practice, when deciding on how much risk one should assume, courts examine what a reasonable person would do in the given circumstances (p. 942). For instance, a French court convicted a defendant who instead of tendering a pole to his drowning son-in-law, ran away seeking help (p. 482). In the case at hand, failing to assist the migrants, particularly in the given circumstances (e.g. the lengthy journey, the fact that many of them were exhausted or could not swim), seems contradictory to what one may expect from a reasonable individual.

Additionally, those considered as having a special relationship towards the victims are bound to assume higher risks (pp. 485-486) and have broader duties (p. 751) than members of the general public. Given their profession, the Hellenic Coast Guard members would fall within the group of persons with special duties towards those who find themselves in the Greek search and rescue area. This is so particularly if migrants are in a vulnerable situation, as they were. The risk assessment should thus consider that coast guards are highly-skilled and trained professionals among whose duties lies the one to save lives at sea. Thus, they are bound to accept higher risks than just any reasonable person.

The offender's mental element is at times explicitly defined across jurisdictions, other times it can be ascertained by the competent courts. French jurisprudence, for instance, considers merely knowing that the victim is in danger and deliberately failing to provide assistance as sufficient to meet the threshold (e.g. Arrêt du 23 mai 2001, n° 00–85.672). Commentators, meanwhile, have also suggested the even more easily satisfied 'should have known' standard (pp. 475; 487). In the given situation, the Hellenic coast guards remained on the boat despite their knowledge of the distress, which is a situation likely to meet the standard required for the duty to rescue offence.

The Defence of Superior Orders

While all requirements to establish criminal liability for the failure to rescue offence appear to be met, coast guards are part of a state apparatus and subject to instructions by a higher authority. In this regard, as documented by MSF, there are incidents where state authorities gave orders not to intervene to assist migrant boats in distress (p. 25, see also here). When similar instructions lead to the perpetration of criminal offences, national criminal codes allow, under certain circumstances, for the possibility of negating the criminal nature of the act by referring to the defence of superior orders (see e.g. Articles 21 of the Greek Criminal Code, 122-4 of the French Criminal Code and 51 of the Italian Criminal Code). Such defences are common to all national criminal systems, and are based on the premise that, in principle, the defendant was given an order which they had to obey because of military or other institutional hierarchies.

Whereas some domestic criminal jurisdictions consider superior orders as a complete defence except in scenarios where instructions were manifestly unlawful, others provide for additional grounds which render the defence invalid. For example, pursuant to Article 278 of the Slovenian Criminal Code, superior order is not a valid defence if the subordinate committed a war crime or any other grave criminal offence or if they knew that carrying out the order or command constituted a criminal offence. Similarly, the Greek Penal Code states that the attempt to carry out an order does not result in a violation of the criminal code if the law does not allow the recipient of the command to examine whether it is lawful or not.

Despite the vagueness of this Greek provision, particularly given the lack of clarity on how to determine that a subordinate could not examine whether the order is illegal, the defence of superior orders seems to be a quite weak counterargument in the scenario at hand. This is because of the so-called 'conditional liability approach' to this defence, which prevails in national criminal systems (p. 299), and appears to be also applicable here. According to this approach, the subordinate is not relieved from the criminal responsibility unless they did not know or could not reasonably have been expected to know about the illegality of the order. Given their profession and daily work, it seems reasonably possible for the coast guards to know of their duty to rescue, and that any instructions leading to failure to assist the migrants would lead to a violation of domestic criminal law.

Importantly, even if the defence of superior order was applicable, there would also be a question related to the criminal liability of those issuing the order in the first place. For instance, pursuant to Section 357 of the German Criminal Code, superiors inciting or undertaking to incite a subordinate to commit an unlawful act while in public office or allowing for such act to be committed by their subordinate incur in the penalty provided for the concerned unlawful act. Moreover, the Greek Penal Code's provision on superior orders foresees the option to consider the person who gave the order to be punished as the main perpetrator.

Hope for Change

The foregoing discussion illuminates how coast guards could be contravening domestic criminal law failure to rescue offences in the context of non-assistance policies of states towards migrants. Notably, duty to rescue offences are an exception to the criminal law's general hesitance to impose positive obligations by requiring a certain level of socially expected diligence between members of society widely construed (p. 22). Higher state authorities, tasked with the organisation and protection of individuals, should thus not obstruct or even demand non-compliance with duties justified on the importance of social mutual aid, especially where this might lead to extensive loss of life. Additionally, domestic authorities should change their practice concerning migrants in distress at sea in the future and encourage their coast guards to comply with their criminal law duty due to the obligations inherent in the coast guard profession, which is based on an imperative duty to prevent loss of lives and disappearances along the coast and at sea.

Karolina Michková, Natálie Dřínovská

Between Return and Protection

The ECJ Mixes Up Czechia's Return Procedure

doi: 10.17176/20231221-111310-0

Last month, the ECJ responded to a preliminary reference of the Regional Court in Brno concerning Czechia's so-called return procedure. The ECJ ruled that a third country national cannot be subject to a return decision if they applied for international protection and a first-instance decision on that application has not yet been delivered. Curiously, the ECJ thereby answered a question it had not actually been asked, while contradicting the conclusion of the Grand Chamber of the Czech Supreme Administrative Court ("SAC"), rendered shortly before. While the ECJ's ruling will nonetheless improve some of the problems that have inhered within Czechia's approach to international protection and return procedures, its failure to answer the referred question constitutes a missed opportunity to facilitate a productive dialogue with referring courts in an area of law where preliminary references have been exceedingly rare.

The Problem of Simultaneous Procedures

In Czechia, return proceedings and international protection proceedings are conducted before different administrative authorities based on Act no. 326/1999 ("Foreigner's Act") and Act no. 325/1999 ("Asylum Act"), respectively. Return proceedings concern a removal of a third-country national from Czechia for their unlawful stay. The Foreign Police renders a decision, and the applicant may appeal to the Ministry of Interior. Judicial review occurs at two stages – before the first instance regional courts and before the SAC. The international protection proceedings are conducted by the Ministry of Interior and revolve around the question whether one is a refugee and whether they can benefit from some form of international protection (e.g., asylum). There is no appeal on the administrative level. The applicant must continue straight to judicial review. Crucially, it is common practice for both proceedings to be initiated simultaneously. Typically, when a third-country national applies for international protection, the Foreign Police learns about their stay in Czechia and immediately starts return proceedings, regardless of their asylum status. However, if the return decision comes before the decision on international protection, it cannot be enforced until the latter is decided as well [§ 119 (7) Foreigner's Act].

The problem is that this setup goes against the logic of a return decision which should be the final "emergency brake" to prevent a breach of the non-refoulement principle. If the return decision is rendered before the decision on international protection, this emergency brake is not available.

The Question and the Answer (to Something Else)

The Regional Court was reviewing the legality of the return proceedings of Mr CD, an Algerian national. In the first paragraph of its preliminary reference, it mentioned that the applicant applied for international protection and a week later, the Foreign Police initiated return proceedings. The referring court identified two limiting conditions introduced by Czech law as problematic: the use of the *safe country of origin* ("SCO") concept and the scope of the *non-refoulement* principle.

The SCO concept is used in the EU's Procedural Directive (2013/32/EU) to create a presumption of safety for certain countries for the purpose of determining applicant's eligibility for international protection. The burden of proof falls on the applicant for international protection to demonstrate that in their particular case, an SCO is unsafe. In Czechia this concept is also used for the purpose of returning applicants, even though the Return Directive (Directive 2008/115) does not use it. If an applicant comes from an SCO and does not state facts indicating that they might face "real danger" then the Foreign Police does not have to request a binding opinion from the Ministry of Interior on whether their return to the country of origin is possible. Moreover, when the referring court submitted the request for a preliminary ruling, the definition of "real danger" contained in the Foreigner's Act meant only a return in violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights ("Convention"). The referring court

considered this insufficient for the purpose of assessing the question of *non-refoulement*, since its scope is wider than just Art. 3 of the Convention but also includes its Art. 2 and Art. 1 of Protocol no. 6 to the Convention (paras. 39-44 of the preliminary reference).

The ECJ's response did not answer the referred question, focusing instead on the fact that the applicant was subject to a return decision even though the Ministry of Interior had not yet decided on his application for international protection. The ECJ cited the *Gnandi* (C-181/16) case which had turned on whether a return decision could be issued after an application for international protection had been rejected, but before an appeal was decided. The ECJ deemed this permissible, provided that the legal effects of the return decision were suspended pending the outcome of the appeal. However, contrary to *Gnandi,* in *CD* a first-instance decision on the international protection application had not yet been rendered when the return decision was made (C-257/22 *CD*, paras. 39, 41). This, the ECJ held, was not permissible because an applicant for international protection could not be regarded as 'staying illegally' in the Member State during the period from submission of the application for international protection until the adoption of a first-instance decision on that application (C-181/16 *Gnandi*, paras. 40, 46).

The Conflicting SAC Decision that Came Too Soon

Just a month earlier, the Grand Chamber of the SAC, which was created to unify the case-law of all administrative courts in Czechia, found the opposite to be the case, deeming it lawful for international protection proceedings and return proceedings to take place simultaneously. That alone does not seem to be contrary to the ECJ's stance: *Gnandi* does not explicitly forbid that the return proceedings take place, only that their conclusion cannot come before the first-instance international protection decision. However, the SAC based its reasoning on the fact that according to the Foreigner's Act it is possible to adopt a return decision before the decision on international protection (para. 27) because the return decision is not enforceable until the adoption of the decision on international protection (para. 32). Citing para. 62 of *Gnandi*, the SAC found that according to the ECJ, if an administrative authority adopts a return decision before the decision on international protection, it is essential that all the legal effects of the return decision be suspended (para. 33). The SAC failed to distinguish that in the *Gnandi* case, the first-instance decision on international protection had already been rendered and the ECJ was considering the effects of an appeals procedure on the return proceedings (C-181/16, paras. 59-61).

To be sure, the Grand Chamber of the SAC could not have known the ECJ would answer a question it was not asked. However, it is unclear why the SAC did not make a reference itself, especially given that the facts of the *Gnandi* case differed in the phase of the asylum proceedings (appeals procedure) from the SAC case (first instance procedure). The Grand Chamber did not (as a chamber of a court of last instance) explicitly address why it was not obliged to make a preliminary reference, nor did it address whether the question had already been interpreted by the ECJ based on *Gnandi*. Yet it arrived at a completely different conclusion than the ECJ despite interpreting the same case. The reluctance to make a preliminary reference from the Grand Chamber is unfortunate since it has actively submitted preliminary references to the ECJ in the last couple of years, most recently just a few weeks ago. However, it never did so in a migration or an asylum case – so far, only matters of economic nature (tax and the four freedoms) have been referred.

Some Improvements to Migrant Protection

Even though the ECJ did not answer the referring court's actual question, the CD case (C-257/22) nonetheless made a positive impact while still pending. Regarding the *non-refoulement* consideration, the legislator amended Article 179(2) of the Aliens Act and redefined the term of "real danger" (which was limited to Article 3 of the Convention) to "return in violation of Articles 2 to 6 of the Convention". That is, however, only a half-way solution. As the preliminary reference clearly showed, the worsening of applicants' position has two elements. Only reacting to the *non-refoulement* problem and not the initial SCO problem, is not sufficient.

Following the ECJ's response, the long-standing administrative practice of concurrently running return and asylum proceedings where a return decision has been adopted first will now also have to change. All return proceedings concerning foreigners who have also applied for international protection will have to be suspended until decisions regarding international protection are adopted.

At the same time, many return proceedings that were concluded prior to international protection proceedings are likely still under judicial review. Based on past practi-

ce, courts are unlikely to disregard the ECJ's instructions in favour of the SAC Grand Chamber's interpretation, not least because the Grand Chamber does not require that its judgments be followed if the rules have been interpreted differently by courts such as the ECtHR or the CJEU. Thus, no problem of primacy should arise. The reviewing courts should therefore probably quash the return decisions, though the ECJ has not said that such an obligation arises from EU law, as is the case with, for example, detention of third-country nationals. As judicial review in administrative matters stands in Czechia, judges are generally bound by the applicant's arguments and the existing legal and factual situation at the time of the administrative authority's decision. Therefore, the applicants must still make an explicit claim reacting to the ECJ's judgement if they want to have their return decision quashed.

In case the Ministry of Interior brings cassation complaints after losing these cases at the first instance, the SAC could try to submit another preliminary reference, aiming to explain its position on the matter. However, in this case the ECJ already asked the Regional Court for extra explanation in two rounds of requests for information (see para. 27 of the ECJ's judgement). As such, the ECJ is likely already aware of the (non)enforceability argument, rendering such an attempt unlikely to be successful.

A Missed Opportunity?

Notably, the ECJ's ruling still does not solve the problem of the use of the SCO concept in the return procedure. The response through reference to *Gnandi* only helps those who have applied for international protection. It remains unclear how Czech judges should react if the return proceedings have been initiated for someone from an SCO who has not applied for international protection. In such cases, Czech courts will probably have to file another request for a preliminary ruling. In this regard, the preliminary reference arising from the *CD* case represents a welcome change. Sadly, the topic of asylum and migration law is typically underrepresented in the preliminary references made by Czech courts. This was the first reference from a lower court (with another case pending), while the SAC has made only 4 references in asylum/migration case over the last 20 years. The fact that even the Grand Chamber of the SAC ignored the problem, is witness to this statement. It is hoped that the ECJ's approach in this case, which provided an answer to a question different from the one referred, has not had a chilling effect on future attempts at dialogue.

Peter Hilpold

Der Fall Christian Pilnacek – Eine Herausforderung auch für die europäische Rechtsstaatlichkeit

doi: 10.17176/20231205-104344-0

Die seit der „Ibiza-Affäre“ (Mai 2019) nicht mehr abreißende, wenngleich bislang weitgehend ergebnislose Korruptionsdebatte in Österreich steuert mit dem Fall „Pilnacek“ auf einen neuen Höhepunkt zu, denn in eben diesem Fall scheint sich eine massive Einflussnahme der Politik auf die österreichische Strafjustiz abzuzeichnen. Es wird immer deutlicher, dass die Korruptionsproblematik in Österreich nicht in den Griff zu bekommen ist. Ein wesentlicher Grund dafür ist auch, dass seit dem (verhältnismäßig späten) EU-Beitritt Österreichs wesentliche Anpassungen an den rechtsstaatlichen *„acquis communautaire“* unterblieben und grundlegende Prinzipien des Unionsrechts bislang unbeachtet geblieben sind. Seit dem Jahr 2000 kam es zu weiteren Rückschritten. Der Fall Christian Pilnacek verdeutlich diese Problematik geradezu exemplarisch – und unterstreicht den in Österreich nach wie vor bestehenden rechtsstaatlichen Reformstau bzw. Reformunwillen.

Wer war Christian Pilnacek (1962-2023)?

Christian Pilnacek galt als österreichischer Paradejurist mit Paradekarriere: Zuerst Richter in Wien, begann sein kometenhafter Aufstieg nahezu zeitgleich mit der „konservativen Wende“ in Österreich. Im Jahr 2001 wurde Pilnacek Oberstaatsanwalt und einer der höchsten Beamten im Justizministerium in Wien. In dieser Funktion leitete er maßgeblich die Arbeiten an der neuen Strafprozessordnung, die 2008 in Kraft trat und als „Jahrhundertreform“ gepriesen wurde. Genau diese sollte sich aber bald als höchst problematisch erweisen, da sie die politische Einflussnahme auf die Strafjustiz in weitem Ausmaß ermöglichte (dies wird weiter unten zu zeigen sein).

Im Jahr 2010 erreichte Pilnaceks Aufstieg einen Höhepunkt: Er wurde in Personalunion Leiter der Bereiche Legistik und Einzelstrafsachen. So konnte er die generelle Entwicklung der Strafjustiz zu einem erheblichen Maße steuern und zudem noch auf Einzelfallentscheidungen Einfluss nehmen. Diese außergewöhnliche Machtposition, in der er den lokalen Staatsanwaltschaften, den vier Oberstaatsanwaltschaften und der WKStA vorstand, behielt er über Jahre.

Ab 2019 wurde zusehends Kritik an der Amtsführung Pilnaceks laut. Den Anfang bildete die „Eurofighter“-Affäre, in der Pilnacek sich für die Einstellung der strafrechtlichen Ermittlungen stark gemacht hatte. In der Folge häuften sich die Vorwürfe gegen ihn. Pilnaceks Einfluss wurde reduziert, später wurde er vom Dienst suspendiert. Zwischenzeitlich eingeleitete strafrechtliche Ermittlungen wurden indes wieder eingestellt. Am 20. Oktober 2023 fand man ihn tot auf.

Am 21. November wurden heimlich aufgenommene Tonbandmitschnitte publik, in denen Pilnacek von massivem Druck durch die Politik berichtete, auf strafrechtliche Verfahren Einfluss zu nehmen.

Die Strafrechtsnovelle 2008 als Wegbereiterin einer (weiteren) Verstärkung des politischen Einflusses auf die österreichische Strafjustiz

Die politische Abhängigkeit der österreichischen Staatsanwaltschaft steht seit langem im Fokus nationaler und internationaler Kritik. Durch die (angebliche) „Jahrhundertreform“ 2008 wurde diese in bedenklicher Form weiter ausgedehnt. Es ist tragische Ironie des Schicksals, dass der Hauptproponent dieser Reform in weiterer Folge – und nach eigenem Bekunden – selbst Opfer dieser Reform werden sollte.

Die „Jahrhundertreform“ 2008 – staatlicherseits als entscheidender Schritt hin zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft präsentiert – erwies sich bei genauerem Hinsehen als durchaus ambivalent. In zentralen Punkten hat sie sogar eher das Gegenteil dessen bewirkt, was zuvor in der Öffentlichkeit bekundet worden war.

Im Zentrum der Reform stand die Abschaffung der Funktion des „Untersuchungs-richters". Dieser wirkte als Vorerhebungsrichter und hatte als völlig unabhängiges Organ der Justiz entscheidenden Einfluss auf die Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungen. Diese Aufgabe wanderte nun zur Staatsanwaltschaft. Entscheidend und kritikwürdig ist jedoch, dass die Staatsanwaltschaft seit der Reform 2008, die eigentlich die Zahl der Weisungen reduzieren sollte, dem Justizministerium (und damit der Politik) in einer Weisungskette untersteht. Staatsanwälte wurden zu Ermittlern, Anklägern und (Untersuchungs-)Richtern in einer Person (Walach) und waren gegenüber dem Justizminister (und damit gegenüber der Politik) weisungsgebunden.

Das Ergebnis der Reformen waren rein „kosmetische Maßnahmen", die keineswegs zu einer unabhängigen Staatsanwaltschaft führten:

> „Es besteht Berichtspflicht, Weisungen werden nach [wie] vor auf jeder Ebene gegeben. Unterhalb der Ebene der formalen Weisungen gibt es Besprechungen der hierarchischen Ebenen untereinander, die oft den Charakter von Weisungen haben."[1]

> „Auf der Opferseite ist es beinah unmöglich, die Staatsanwaltschaft gegen ihren Willen zu einem Ermittlungsverfahren zu zwingen. Das Rechtsmittel des Fortführungsantrags gemäß § 195 Abs. 2 StPO dringt sehr selten durch, da sich die gerichtliche Kontrolle auf das Willkürverbot beschränkt und der Antrag die Struktur einer Nichtigkeitsbeschwerde aufweisen muss."[2]

Zwar wurde unter Justizminister Wolfgang Brandstetter (später selbst im Sog von Ermittlungen, Rücktritt als Verfassungsrichter 2021) ein „Weisungsrat" eingerichtet, der die Verstrickung der Politik in die Strafjustiz versachlichen sollte. Allerdings mutet diese Regelung bei näherer Betrachtung skurril an. So ist eine Beratungskompetenz des Weisungsrats gegenüber dem Justizminister/der Justizministerin bspw. dann gegeben, wenn es der Bundesminister/die Bundesministerin bei „außergewöhnlichem Interesse der Öffentlichkeit an der Strafsache, insbesondere bei wiederholter und überregionaler medialer Berichterstattung oder wiederholter öffentlicher Kritik am Vorgehen der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei, oder aus Befangenheitsgründen für erforderlich hält." Eine juristische Kontrollfunktion von medialer Berichterstattung abhängig zu machen, ist an sich schon problematisch. Diese dann auch noch an die Voraussetzung „überregionaler" Berichterstattung zu knüpfen (eine Berichterstattung in regionalen Medien würde somit für eine Befassung des Weisungsrats nicht ausreichen, selbst wenn bspw. eine regionale Tageszeitung eine höhere Auflage aufweist als eine gesamtstaatliche) wirft die Frage der logischen Kohärenz auf. Der Opferschutz bleibt unberücksichtigt, wenn die Staatsanwaltschaft von einer Strafverfolgung absehen und auch der Weisungsrat nicht angerufen werden kann.

Pilnacek als Opfer politischer Interventionen - oder seiner eigenen Reform?

Die nun publik gewordenen Tonbandmitschnitte Pilnaceks offenbaren einen verzweifelten Ex-Sektionschef des Justizministeriums, der – wie es scheint – über Jahre hin massivem Druck ausgesetzt war, zugunsten einer Partei (der ÖVP) in unterschiedlichen Strafverfahren zu intervenieren. Er erklärt für sich selbst, diesem Druck widerstanden zu haben, wenngleich ihm dieser Druck sichtlich zugesetzt hat. Ob sich diese Ereignisse genau so, wie von Pilnacek präsentiert, tatsächlich zugetragen haben, lässt sich schwer beurteilen. Dass es Druck und Interventionen gegeben hat, wurde von ersten Kommentatoren als plausibel und wahrscheinlich angesehen. Ferner wurde dabei folgende entlarvende Überlegung angestellt: Die wiederholten Interventionen deuten darauf hin, dass zumindest einzelne Aktionen von Erfolg gekrönt sein mussten, denn ansonsten hätten diese – offensichtlich zwecklos und nicht der Mühe wert – wohl rasch ein Ende gefunden.

Daran muss sich eine weitere Überlegung anschließen: Die Strafprozessreform des Jahres 2008 hat dem Sektionschef im Justizministerium in seiner Doppelfunktion und gerade als Leiter des Bereichs Einzelstrafsachen eine enorme Machtfülle verschafft. Eben diese Machtfülle musste ihn aber gleichzeitig zum potentiellen Adressaten politischer Interventionen machen, die aufgrund des (gewollten) Fehlens von Kontrollmechanismen um-

[1] Mertens, Ein Plädoyer für den unabhängigen Untersuchungsrichter, in: Ecolex 2019, S. 589-590 (590).
[2] Ibid.

so schwerwiegender ausfallen konnten. Einmal das Tor zu einem solchen „do ut des" zwischen Justiz und Politik eröffnet, werden vielfältigste Interventionen denkbar: nicht allein eine (negative) Druckausübung verbunden mit Sanktionsandrohung, sondern auch „positive Anreize" für „Wohlverhalten" – und sei es schlicht, dass Garantien angeboten werden für „schlechtere Zeiten". Auch ohne das konkrete Vorliegen irgendwelcher Anzeichen von politischer Einflussnahme hätte also klar sein müssen, dass die Möglichkeit massiver Einflussnahme der Politik auf die Justiz besteht und diese für einen Rechtsstaat untragbar ist. Die nun posthum bekannt gewordenen Klagen des früheren Sektionschefs über massive Interventionen dieser Art müssen – auch unabhängig davon, ob ihr Wahrheitsgehalt je bewiesen werden kann – zu einem raschen Handeln und zur Rücknahme von Wesenselementen der Reform des Jahres 2008 führen, deren zentraler Urheber Christian Pilnacek selbst war.

Nötige Reformschritte - mehr Rechtsstaatlichkeit und mehr Opferschutz

Einmal mehr haben die Ereignisse Ende November 2023 gezeigt, dass die von Dr. Irmgard Griss und anderen österreichischen JuristInnen geforderte völlige Loslösung der Justiz von der Politik und die Schaffung eines Justiz-Selbstverwaltungskörpers ein absolutes Muss sind.

Neben der bestehenden Abhängigkeit der Justiz von der Politik ist weiterhin besorgniserregend, dass das Staatsanwaltschaftsgesetz (StAG) in § 35c das Absehen von Ermittlungen ermöglicht, wenn „kein Anfangsverdacht" vorliegt. Dies ist weder mit nationalen noch mit europäischen Rechtsstaatlichkeitsgrundsätzen vereinbar. Grund dafür ist, dass Strafverfolgung gemäß Art. 6, 8 und 13 EMRK auch Opferschutz bedeutet und Opfer daher einen Strafverfolgungsanspruch haben.

Der unzureichende Opferschutz im österreichischen Justizsystem strahlt ferner in problematischer Weise vom strafrechtlichen auf den zivilrechtlichen Bereich aus: Nehmen wir an, die Staatanwaltschaft weigert sich unter Berufung auf § 35c StAG, gegen eine unwahre Zeugenaussage in einem zivilrechtlichen Verfahren – trotz Vorliegens handfester Beweise für deren Unwahrheit – Ermittlungen aufzunehmen. In diesem Fall kann es sein, dass das Urteil gestützt auf eine Straftat (eine falsche Zeugenaussage) zustande kommt. Trotzdem hat der/die Betroffene hier keine Möglichkeit, gegen die Untätigkeit der Staatsanwaltschaft vorzugehen und kann überdies keine Wiederaufnahme des zivilrechtlichen Verfahrens erreichen. Das Opfer solcher Vorgänge hat keinerlei wirksame Möglichkeit, dagegen vorzugehen. Denkbar wäre zwar eine Beschwerde an das Justizministerium, Bereich Einzelstrafsachen, und – wenn seitens des Ministeriums eine Erklärung kommt, es bestünden „keine Bedenken" hinsichtlich des Vorgehens der Staatsanwaltschaft – die Anrufung der Volksanwaltschaft. Diese hat nicht nur keine Durchgriffsmöglichkeiten, sondern sie sind selbst politisch besetzt und dringend reformbedürftig.

Die europäische Dimension

Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Missachtung von Opferrechten eine zentrale europäische Dimension aufweist. Die Pilnacek-Affäre fügt sich indes in ein breiteres Spektrum an Reformbedarf im österreichischen Justizsystem ein. Und eben dieser Reformbedarf weist gesamthaft eine europäische Dimension auf.

Zum einen sind die Abschaffung des Amtsgeheimnisses sowie die Einrichtung einer unabhängigen Bundesstaatsanwaltschaft unabdingbar und nicht länger hinauszuzögern. Auch auf supranationaler Ebene – so z.B. von der Europäischen Kommission in ihren Rechtsstaatlichkeitsberichten – wird dies erwartet (wenngleich zu wenig nachhaltig eingefordert).

Zum anderen muss § 35 c StAG, der klar dem EU-Recht (insbesondere Art. 2 EUV, Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh), aber auch dem Recht der EMRK widerspricht – gerade weil er, wie gezeigt, Opferschutzrechte vernachlässigt und in zentralen Bereichen einen wirksamen Zugang zu einem Gericht ausschließt – muss umgehend außer Kraft gesetzt werden. Die Wiedereinführung des Untersuchungsrichters könnte zumindest einen Übergangsbehelf darstellen, bevor die Strafprozessordnung grundlegend reformiert wird.

Darüber hinaus müssen zahlreiche weitere, schon seit langem vorgetragene Reformvorschläge umgesetzt werden. Beispielsweise wäre über eine grundsätzliche Reform des Rekrutierungsverfahren für RichterInnen und StaatsanwältInnen nachzudenken. Dabei ist zu berücksichtigen: In europäischen Proportionen ist die Größe Österreichs verhältnismäßig gering. Hinzu kommt, dass hier eine hoheitliche Tätigkeit gemäß Art. 45 Abs. 3 AEUV angesprochen ist, sodass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht greift. Folglich ist der Pool an BewerberInnen verhältnismäßig klein. Weil diese zudem auch immer wieder

aus traditionellen RichterInnenfamilien kommen, sollte an Prüfungskommissionen gedacht werden, die aus einem breiteren Kreis an juristischen Berufen (AnwältInnen, ProfessorInnen) – auch aus dem Ausland – schöpfen. Problematisch ist jedoch, dass es bei diesen Aufnahmeverfahren gegenwärtig im Falle von Rechtsverstößen (bspw. evidenten Befangenheiten, Verfahrensverletzungen) keinen Zugang zu einem Gericht gibt. Ein solcher Zugang kann auch nicht EU-rechtlich über die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingefordert werden (da hoheitliche Bereichsausnahme, Art. 45 Abs. 3 AEUV). Allerdings ist es möglich, Zugang zu einem Gericht unter Berufung auf das EU-rechtliche Rechtsstaatlichkeitsprinzip, das auch im hoheitlichen Bereich zu gelten hat, einzufordern.

Ferner müssten Bemühungen unternommen werden, das Staatshaftungsverfahren, welches über die EuGH-Rechtsprechung etabliert wurde, neu zu konzipieren und unionsrechtskonform zu gestalten. Auf diesem Wege könnten besonders eklatante Fälle von judiziellem Versagen wirksam bekämpft werden – zumindest dann, wenn darin auch ein Verstoß gegen EU-Recht liegt.

Überdies wäre die Einhaltung der Vorlageverpflichtung der Höchstgerichte konkret anzumahnen, gerade nach Maßgabe des Urteils im Fall „Consorzio Italian Management."[3] Insbesondere ist die unbegründete Abweisung eines Vorlageantrages (bzw. im Extremfall die schlichte Nichtberücksichtigung) klar EU-rechtswidrig und müsste zu entsprechenden Sanktionen führen.

In Österreich nach wie vor ungelöst ist auch das Problem der „Sideletter-Bestellungen" – auch für höchste Richterämter. Diese Bestellungen sind klar EMRK-widrig[4] und demzufolge rückgängig zu machen.

Zudem darf über die Vorfälle der letzten Jahre nicht einfach der „Mantel des Schweigens" gelegt werden. Die Opfer der hier aufgezeigten Entwicklungen sind noch in großer Zahl unter uns und sie haben nach wie vor unter den Konsequenzen zu leiden. Ein Vorschlag könnte lauten, eine Untersuchungskommission einzusetzen, die zumindest die eklatantesten Fälle von unterlassenen Ermittlungen der letzten Jahre gemäß § 35c StAG neu überprüft – möglicherweise auf der Grundlage eines Vorscreenings, wobei extreme Fälle einer vertieften Untersuchung zu unterziehen wären.

Ein weiterer Punkt, der in diesem Kontext häufig übersehen wird, ist folgender: Man muss sich die Frage stellen, weshalb all diese Fehlentwicklungen kaum auf Kritik durch die europäischen Institutionen gestoßen sind.[5] Ein Grund liegt insbesondere in dem mittlerweile weitgehend dysfunktional gewordenen System des EGMR. Mit einer Quote von unter 5% an Fällen, die die Zulässigkeitsprüfung überstehen, haben einzelne Rechtssuchende kaum mehr eine realistische Chance auf substantielle Prüfung ihres Falls durch den EGMR. Gleichzeitig sehen sich die letztinstanzlichen nationalen Gerichte keiner wirklich ernst zu nehmenden „Nachprüfungsgefahr" durch den Gerichtshof mehr ausgesetzt.[6] Der in Großbritannien mittlerweile angedachte Austritt aus der EMRK ist der falsche Weg, eine grundlegende Reform des Straßburg-Systems aber eine dringende Notwendigkeit. Wie Professor Steven Greer, ein früherer Richter am EGMR und Autor zahlreicher grundlegender Studien zum europäischen Menschenrechtsschutz (gemeinsam mit weiteren Autoren) festgehalten hat: "[T]here is no realistic prospect of justice being systematically delivered to every applicant with a legitimate complaint about a Convention violation. And, unless it is systematic, individual ´justice´ becomes arbitrary and is, therefore not justice at all".[7] Ergebnis ist ein de-facto "denial of justice" durch den EGMR.[8] Als Sofortmaßnahme wäre an eine Überprüfung der nicht zugelassenen Beschwerden zumindest der letzten fünf Jahre zu denken. Das EGMR-System und die nationalen Justizsysteme der Konventionsstaaten sind eng miteinander verzahnt. Gravierende Defizite in einem System wirken sich gleichsam automatisch auch auf das andere System aus. Das EGMR-System kann nur einen „äußeren", „letzten" Schutzwall

[3] Urteil v. 6. Oktober 2021 in der Rs. C-561/19, vgl. Hilpold, 74 NJW 45/2021, 3290

[4] Siehe das EGMR-Urteil im Fall Gudmundur Andri Astradsson gg. sland, Urteil vom 12.3.2019

[5] Die Berichte der GRECO-Kommission stellen eine löbliche Ausnahme dar, wurden aber gerade in Österreich weitgehend ignoriert

[6] Vgl. Hilpold/Waibl, The Poet, the Law and the Protection of Individual Rights, in: XLII Polish Yearbook of International Law 2022 (2023), 203

[7] Vgl. Greer/Gerards/Slowe, in: Gerards/Slowe, Hrsg., Human Rights in the Council of Europe and the European Union, 2018, 111

[8] Vgl. Mahoney, in: Flogiatis et al, Hrsg., The European Court of Human Rights and its Discontents, 213, 18, 25

für die nationalen Justizsysteme darstellen. Gleichzeitig muss auch dieser Schutzwall Mindestgarantien bieten.

Schlussbemerkungen

Christian Pilnacek wurde zu Lebzeiten und insbesondere unmittelbar nach seinem tragischen Ableben häufig als „ausgezeichneter Jurist" gefeiert. Sein Fall erinnert jedoch mehr an eine griechische Tragödie, in der ein von der jeweiligen Gesellschaft ermöglichter heldenhafter Aufstieg mit außerordentlichem Machtgewinn schon die Tragik des Niedergangs beinhaltet. Das Wirken und die Hinterlassenschaft Pilnaceks weisen bei aller Tragik aber auf den dringenden Reformbedarf im österreichischen Justizsystem hin.

Die Anpassung an europäische Rechtsstaatlichkeit erfordert diese Reformen sogar. Bedauerlicherweise sind sie ein halbes Jahrzehnt nach dem EU-Beitritt in zentralen Bereichen abgebrochen worden. Teils wurde das vor dem EU-Beitritt bereits bestehende Niveau sogar von gegenläufigen Maßnahmen überlagert.

Die Ereignisse der letzten Tage und Wochen haben in Österreich große Betroffenheit ausgelöst. Vielleicht liefern sie aber gerade auch den Anstoß für einen grundlegenden Umdenkprozess in Richtung dringend benötigter Reformen. Unterstützung seitens der Europäischen Union (und des Europarats) auf diesem Weg, der nur ein gesamteuropäischer sein kann, wäre hilfreich und notwendig.

Dieser Beitrag stellt eine erweiterte Fassung eines in der „Presse" vom 24. November 2023 (S. 33 f.) veröffentlichen Artikels mit dem Titel „Christian Pilnaceks unvermutetes Vermächtnis" dar.

Peter Hilpold

The Pilnacek case - A challenge also for the European rule of law

doi: 10.17176/20231207-165301-0

With the "Pilnacek" case, the debate on corruption in Austria – ongoing since the "Ibiza affair" (May 2019) but largely inconclusive so far – is heading for a new high point. The affair showcases massive political influence on the Austrian criminal justice system and proves that it is challenging to bring the problem of corruption under control. One of the main reasons is that Austria has not made the necessary adjustments to the European *"acquis communautaire"* since its (relatively late) accession to the EU and keeps ignoring fundamental principles of EU law. Since 2000, there have even been setbacks. The case of Christian Pilnacek illustrates the problem of corruption in Austria in an exemplary manner. Likewise, it underlines the continuing backlog of reforms in Austria and the country's unwillingness to adjust to the European rule of law.

Who was Christian Pilnacek (1962-2023)?

Christian Pilnacek was regarded as an eminent Austrian lawyer with an exemplary career: formerly a judge in Vienna, his meteoric rise started almost simultaneously with the "conservative turnaround" in Austria. In 2001, Pilnacek became chief public prosecutor and one of the highest officials in the Ministry of Justice in Vienna. In this role, he initiated and led the reform process of the new Code of Criminal Procedure. The latter came into force in 2008 and was hailed as the "reform of the century." Yet, the reform turned out to be highly problematic, mainly because it allowed politicians to exert extensive influence on the criminal justice system (see below).

In 2010, Pilnacek's career reached a climax: He was appointed head of the section "Legislation" and the section "Individual Criminal Cases." In this position, he was able to considerably control the general development of criminal justice and to influence individual case decisions. He retained this extraordinary position of power for many years, thereby presiding over the local public prosecutors' offices, the four senior public prosecutors' offices and the "Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft" (the prosecutor for economic and corruption offences – WKStA).

However, from 2019 onwards, Pilnacek attracted increasing criticism, with the "Eurofighter" affair constituting the starting point. In the latter, Pilnacek had campaigned for dropping all criminal investigations. Subsequently, the accusations against him piled up. Pilnacek's influence was reduced, and later, he was suspended from office. Criminal investigations against him were started, and some were dropped afterwards. He was found dead on October 20, 2023.

On November 21, secret tape recordings were made public. In these recordings, Pilnacek reported massive pressure from politicians who had asked him to influence criminal proceedings.

The 2008 criminal law amendment as a significant step towards (further) strengthening political influence on the Austrian criminal justice system

The Austrian public prosecutor's office is highly dependent on political decisions – a fact that has long been criticised both nationally and internationally. Worryingly, the 2008 "reform of the century" further extended the existing dependency in an alarming way. It is a tragic irony of fate that Pilnacek, the main proponent of this reform, subsequently became a victim of this reform (at least according to his own accord).

The "reform of the century" – presented by the government as a decisive step towards ensuring the independence of the public prosecutor's office – proved to be quite ambivalent. In central points, it even had the opposite effect of what it had been praised for.

The abolition of the function of the "investigating judge" was the centrepiece of the reform. Notably, the "investigating judge" had acted as a preliminary investigating judge and, as a completely independent judicial body, had a decisive influence on the initiation of criminal investigations. With the reform of 2008, this set of tasks

was transferred to the public prosecutor's office. Officially, the reform was meant to reduce the number of political directives. However, the situation even got worse as the reform subjected the public prosecutor's office to the influence of the Ministry of Justice (and thus to politics) in a chain of command. Public prosecutors henceforth fulfilled the functions of investigators, prosecutors and (investigative) judges (Walach) and were bound by instructions from the Minister of Justice.

Overall, the improvements (if there were any) brought about by the reform were purely "cosmetic measures" and did not make the public prosecutor's office independent from politics:

> "There is a duty to report, instructions are still given at every level. Below the level of formal instructions, there are discussions between the hierarchical levels. These often have the character of instructions". [1]
>
> "As regards the victims, it is almost impossible to force the public prosecutor's office to open investigations against their will. An application for continuation pursuant to Section 195 (2) of the Code of Criminal Procedure is very rarely successful since judicial review is limited to checking for arbitrariness. Further, the application must have the structure of an appeal for annulment".[2]

It is true that under Justice Minister Wolfgang Brandstetter (who was later faced with investigations himself and resigned as a constitutional judge in 2021), an "Instruction Council" ("Weisungsrat") was set up to objectify the influence politics exerts on the criminal justice system. However, on closer inspection, this regulation seems bizarre. For example, the Council is authorised to advise the Minister of Justice if the Federal Minister deems it necessary "when there is extraordinary public interest in the criminal case, in particular in the event of repeated and supra-regional media coverage or repeated public criticism of the actions taken by the public prosecutor's office and the criminal investigation department, or for reasons of bias." Making a control function dependent on media coverage is quite problematic. Further concentrating on "nation-wide" reporting (reporting in regional media would not be sufficient for a referral to the "Instruction Council," even if, for example, a regional daily newspaper had a higher circulation than a national newspaper) raises the question of logical coherence. Considering that, in many cases, victims may not call upon the "Instruction Council" if the public prosecutor's office refrains from investigating a case, it becomes evident that victim protection is not sufficiently taken into account.

Pilnacek as a victim of political intervention - or of his own reform?

Pilnacek's tape recordings show that the former head of section of the Ministry of Justice had become quite desperate. As it seems, Pilnacek was pressured massively to intervene in favour of one party (the ÖVP) in various criminal proceedings. Pilnacek claims to have resisted the pressure, even though it clearly affected him. It is difficult to assess whether these events actually took place in exactly the manner Pilnacek describes them. Yet, after the release of the tape recordings, commentators considered it plausible that there was indeed pressure and intervention from political actors. In addition, the repeated interventions suggest that at least some efforts must have been crowned with success. If they hadn't, the responsible political actors would presumably have stopped their attempts to exert influence on decisions concerning criminal proceedings.

As indicated above, the 2008 reform of criminal procedure gave the head of section in the Ministry of Justice an enormous amount of power in his dual function (most notably, however, as head of section for individual criminal cases). At the same time, this gain in power made him a potential target for political intervention. This worrying state of affairs could become all the more serious, given that there are no control mechanisms in place. Once the door to a deliberate "do ut des" between the judiciary and politics stands open, various interventions are conceivable (and likely): not only (negative) pressure combined with the threat of sanctions but also "positive incentives" for "good behaviour" – perhaps simply by giving "guarantees" for "hard times." Even without any concrete signs of political influence, it is clear that such a system offers the possibility of exerting massive political influence on the judiciary. At least now, with the benefit of hind-

[1] Mertens, Ein Plädoyer für den unabhängigen Untersuchungsrichter, in: Ecolex 2019, pp. 589-590, Translation by the author.
[2] ibid., translation by the author.

sight, Pilnacek's complaints about massive interventions should lead to swift action. First and foremost, essential elements of the 2008 reform need to be withdrawn – a reform whose main author was Pilnacek himself.

Necessary reform steps - strengthening the rule of law and victim protection

The events in the Pilnacek case demonstrate that a separation of the judiciary from politics *and* the creation of a self-governing judicial body – demands made by Dr. Irmgard Griss and other Austrian lawyers for years – are an absolute necessity.

In addition to the existing dependence of the judiciary on politics, it is worrying that Section 35c of thePublic Prosecutor's Act (Staatsanwaltschaftsgesetz – StAG) makes it possible to stop investigations if there is "no initial suspicion." Said provision is compatible neither with national law nor with European rule of law principles. This is because Articles 6, 8 and 13 of the ECHR grant victims of criminal acts a right to (criminal) prosecution.

Worryingly, the inadequate protection of victims in the Austrian judicial system also impacts civil law proceedings: Let's assume the public prosecutor's office refuses to investigate an untruthful witness statement in civil law proceedings on the basis of Section 35c StAG – despite the existence of solid evidence of the statement's untruthfulness. In this case, the judgment may be based on a criminal offence (a false witness statement). Nevertheless, the victim has no possibility of taking action against the inactivity of the public prosecutor's office. Moreover, there is no possibility to demand the reopening of the civil proceedings. In other words, the victim of a false witness testimony has no effective way of taking action against it. Lodging a complaint with the Individual Criminal Matters Division in the Ministry of Justice could theoretically be a feasible option. However, if the Ministry states that there are "no concerns" regarding the inactivity of the public prosecutor's office, making an appeal to the Ombudsman's office will hardly bring about fruitful results. In fact, this office has no effective power for judicial intervention. What is more, the heads of office are themselves nominated by politicians.

All of this leads to the conclusion that the public prosecutor's office is in urgent need of reform.

The European dimension

It has already been shown that the disregard for victims' rights has a European dimension. However, the Pilnacek affair only gives a glimpse into a broader spectrum of reforms needed in the Austrian justice system. Crucially, the need for reform has a broader European dimension.

On the one hand, the abolition of official secrecy requirements and the establishment of an independent federal public prosecutor's office are essential. They can and should no longer be delayed, precisely since there are demands to do so at the supranational and the international level.[3]

On the other hand, Section 35c StAG, which clearly contradicts EU law (in particular Art. 2 TEU, Art. 19 TEU and Art. 47 CFR) and the ECHR – precisely because it neglects victims' rights and hinders access to court – should be repealed as soon as possible. Reintroducing the investigating judge could be a provisional remedy – at least until there is a fundamental reform of the Code of Criminal Procedure.

In addition, numerous other long-standing reform proposals need to be implemented. For example, the recruitment process for judges and public prosecutors must be redesigned. The following should be taken into account: Compared to other European countries, Austria is relatively small. In addition, the recruitment of judges falls under Art. 45 para. 3 TFEU, meaning that the provision on the free movement of workers does not apply. As a result, the pool of applicants is relatively small. Therefore, examination commissions should strive to consider applications from candidates that come from a broader range of legal professions (lawyers, professors) – and from abroad. One remaining problem, however, lies in the fact that there is currently no access to a court in case the examination commission violates the law (e.g., evident bias, procedural violations). Although, in this case, there is no possibility to demand access to a court under EU law via the free movement of workers provision (as the exception according to Art. 45 para. 3 TFEU applies), such a right can be invoked by recurring to European rule of law principles, which must equally apply in the sovereign sphere.

Efforts should also be made to redesign the state liability procedure, which was established via ECJ case law (*Köbler*), and to bring it in line with EU law. This way, par-

[3] See, e.g., the European Commission's rule of law reports, which were, however, rather "lenient"towards Austria.

ticularly blatant cases of judicial failure could be combated effectively – at least if they also constitute a breach of EU law.

In addition, there needs to be compliance with the obligation of the highest courts to make a reference to the ECJ, especially in accordance with the judgment in the *Consorzio Italian Management* case.[4]

In particular, unjustified rejections of requests for referral to the ECJ, according to Art. 267 para. 3 TFEU (or more extreme cases of courts simply ignoring such requests) are against EU law and should lead to corresponding sanctions.

In Austria, the problem of "side letter appointments" – including for the highest judicial offices – further remains unresolved. Said appointments are clearly contrary to the ECHR[5] and must hence be revoked.

Furthermore, the plight of victims left without protection should not be ignored and forgotten. Many past victims are still alive – and they suffer from the consequences of harm inflicted on them. Setting up a commission of inquiry to re-examine the most blatant cases of omitted investigations in accordance with Section 35c StAG might constitute a possible remedy – possibly on the basis of a preliminary screening, whereby extreme cases would be subject to an in-depth investigation.

Another aspect that has often been overlooked is the following: Why have the European institutions hardly ever criticised these highly problematic developments?[6] One reason lies in the dysfunctional state of the ECtHR system. With less than 5% of cases being declared admissible, individual applicants barely have a realistic chance of having the ECtHR examine the substance of their case. At the same time, the national courts of last instance no longer face any serious "risk of review" by the ECtHR.[7] While it would be wrong to withdraw from the ECHR, just as the UK considers doing, a fundamental reform of the Strasbourg system is urgently needed. As Professor Steven Greer, a former ECtHR judge and author of numerous fundamental studies on European human rights protection (together with other authors) noted: "[T]here is no realistic prospect of justice being systematically delivered to every applicant with a legitimate complaint about a Convention violation. And, unless it is systematic, individual 'justice' becomes arbitrary and is therefore not justice at all".[8] The result is a *de facto* "denial of justice" by the ECtHR.[9] As an immediate measure, a review of the complaints declared inadmissible during the last five years should be considered. It should be borne in mind that the ECtHR system and the national judicial systems of the Convention states are closely intertwined. Severe deficits in one system automatically impact the other. While the ECtHR system can only constitute an "outer" protective wall for the national judicial systems, this protective wall must offer minimum guarantees.

Concluding Remarks

During his lifetime and immediately after his tragic death, Christian Pilnacek was often celebrated as an "outstanding lawyer." Yet, his case reminds us of a Greek tragedy in which a heroic rise already comes with the tragedy of decline. At the same time, Pilnacek's personal tragedy points to the urgent need for reform in the Austrian justice system.

Adapting to the European rule of law actually requires these reforms. Unfortunately, half a decade after joining the EU, Austria still lags behind. In some cases, the previously existing level of protection in matters concerning the rule of law has even deteriorated.

The events of the last few weeks hopefully provide new impetus for fundamental change and for undertaking the urgently needed reforms. Support from the European Union (and the Council of Europe) would be helpful and very much welcome. This is because the path towards strengthening the rule of law can only be a pan-European one.

[4] Judgment of October 6, 2021, in case C-561/19, see Hilpold, 74 NJW 45/2021, 3290.

[5] See the ECtHR judgment in the case of Gudmundur Andri Astradsson v. Island, judgment of 12.3.2019.

[6] The reports by the GRECO Commission are a laudable exception but were largely ignored, especially in Austria.

[7] See Hilpold/Waibl, The Poet, the Law, and the Protection of Individual Rights, in: XLII Polish Yearbook of International Law 2022 (2023), 203

[8] Cf. Greer/Gerards/Slowe, in: Gerards/Slowe, eds., Human Rights in the Council of Europe and theEuropean Union, 2018, 111.

[9] See Mahoney, in: Flogiatis et al., eds., The European Court of Human Rights and its Discontents, 2013, 18, 25

This Blogpost is the English version of the German original, entitled "Der Fall Christian Pilnacek – Eine Herausforderung auch für die europäische Rechtsstaatlichkeit" and published on Verfassungsblog on 04/12/2023 (https://verfassungsblog.de/der-fall-christian-pilnacek-eine-herausforderung-auch-fur-die-europaische-rechtsstaatlichkeit/).

Marek Safjan

We Are Not Helpless

How Poland can restore the Rule of Law by referring to its constitutional foundations

doi: 10.17176/20231207-133617-0

The current debate on how to restore the standards of a democratic state under the rule of law in Poland reminds me of the dilemma faced by King Rex, as described by Lon L. Fuller. Like the king constantly falling into a trap we equally seem to be trapped. We know what should be done and what compliance with the rule of law means, yet we try to convince each other that every conceivable way out is bad. So do we need to refrain from taking any action and look in frustration at the systematic deformation of mechanisms that have worked quite well in Poland for a quarter century and protected us from pathology and the abuse of law?

To consider that nothing can be done until the end of President Duda's term of office would be tantamount to admitting full-scale failure. All our thoughts, ideas and laborious institution building after 1989, the development of effective fundamental rights protection, the independence of the judiciary and the balance of powers would prove to be a house of cards that can be brought down easily by a new political arrangement adhering to a different legal axiology. We would also tell all those who, over the past few years, have not given up in their heroic efforts to uphold the ethos of the rule of law, often paying a high price (I think above all of many judges and prosecutors) that their fight was useless because we cannot do anything today.

I do not share the view that restoration of the rule of law is impossible. The legal system – its general principles and values – makes sense when it can fulfil its function as a guarantee: It is not just a beautiful idealist story of individuals having fundamental rights and freedoms, but both the foundation and an instrument for a healthy democratic life.

We spent decades in the traps of the communist system, which used decorative, not to say bombastic, language to create an illusion of equality, participation in democratic elections, freedom of expression and assembly, freedom of conscience and religion. These rights were enshrined in the People's Republic's Constitution of 1952. Of course, nothing derived from this since, in respect of guarantees for the individual, the Constitution did not work and the recourse to it was ineffective and risky. Many young people were even imprisoned in March 1968 because they demanded respect for the Constitution.

The Remedy is in the Constitution

After 1989, we entered a new phase of thinking about the constitution, fundamental rights and legally enshrined principles. Constitutional norms have shown great potential if only they are taken seriously – with reference to Dworkin's work 'Taking Rights Seriously' – and if they are thought of as a binding norm that give rise to certain responsibilities for public power, and guaranteed rights for individuals.

May I recall how many 'discoveries' the Constitutional Tribunal has made after 1989 on the basis of the principle of a democratic state governed by the rule of law. From that principle, hitherto unincorporated constitutional rights were derived such as, for example, the protection of private life and private property, effective judicial protection, and the protection of citizens' trust in the rule of law and legitimately acquired rights, as well as the prohibition of retroactivity etc. This shows how much an open, democratic legal reasoning referring to the historical achievements of old democracies has been able to infer from the content of constitutional principles!

Today we have a constitution with a modern approach to the concept of a democratic state governed by the rule of law, based on generally recognized principles such as that of checks and balances, with a chapter on fundamental rights, including the right to an effective remedy before an independent court. I thus fail to see why, with such an extensive instrument at our disposal, we should feel helpless and tolerate that our State functions in profound violation of the rule of law, just because the Constitution does not explicitly provide remedies to combat such systemic deformation.

We Have Done it Once Before

Our situation is easier today than it was in 1989, when everything had to be remade from scratch. Today, in addition to the Constitution itself and its guarantees, we have an extensive legal infrastructure with a developed case-law of the courts applying our principles and values and defining the limits of constitutional guarantees. We are part of the European Union's legal space with its own guarantees for the principles and values that make up the axiology of a democratic state governed by the rule of law, the Charter of Fundamental Rights and the generally applicable case-law of the European Courts. Maintaining in this situation a state of deep unconstitutionality, that is to say, a State that does not ensure the independence of courts, a judiciary of genuine, rather than sham-judges, the functioning of fundamental institutions (such as, in particular, the National Council of the Judiciary, the shape of which is in direct breach of the Constitution), appears to be absurd by law.

I am not a legal nihilist nor would I profess a revolutionary upheaval theory as a way to change the legal system. Fortunately, we do not need to resort to such instruments. On the other hand, I am a judge with long-standing constitutional practice and I know how much depends on a rational, reasonable and well-substantiated interpretation of the law if we want to use the latter in accordance with its function and purpose. Only such an approach to the application of the law at a constitutional level – which refers to the fundamental principles of the system as its real foundation and essence – can nowadays serve as a generally recognised method. At the level of European law, this method is a lever for the development of this right, ensuring that it is systematically developed and adapted to changing external conditions without the need for a continuous revision of the Treaties.

Today, in Poland, much depends on the legal community, on its imagination and on a correct definition of values and their hierarchy. We have a plethora of arguments, starting with the text of the Constitution itself, the interpretation given by the Polish Constitutional Tribunal before 2016, the Supreme Court, the Supreme Administrative Court, as well as the European Courts. This makes it possible to think constructively about the repair of the rule of law in Poland through various instruments which are not just of a legislative nature. It would be a tremendous mistake and a blow to civil society and our constitutional and legal culture if we chose omission and passivity over our Constitution's potential.

I often hear that the current feeling of helplessness is fueled by caution and respect for the Constitution and the laws in force. This implies that any solution allowing Poland to emerge from its structural crisis should be criticized as violating the law. We are indeed walking on a thin line over the abyss where the anti-law demons are hiding and risking the very existence of the rule of law in the future. But the alternative to such risky migration is to wait and do nothing. This, however, would lead to permanent unconstitutionality, violations of fundamental rights and of the axiology of a democratic state governed by the rule of law. That is why we do not have a choice.

Andrzej Schultz, Kinga Schultz

Why Poland Should Join the European Public Prosecutor

doi: 10.17176/20231213-111133-0

After the Polish parliamentary elections, the question of rebuilding the rule of law in Poland has been frequently raised in academic debate. The discourse is largely dominated by the status of the so-called neo-judges and the legal effects of rulings of the politically appropriated Constitutional Tribunal. We would like to highlight another problem that the new government will have to deal with – the functioning of the public prosecutor's office occupied by people associated with the Law and Justice party (**PiS**). There is a great risk that high-level prosecutors may effectively block or obstruct investigations into the irregularities committed under the PiS government.

We believe that a partial solution to this problem might come from Poland's quick accession to the European Public Prosecutor's Office (**EPPO**) planned by the democratic opposition. The EPPO is an independent body of the EU, responsible for conducting investigations, bringing, and supporting charges against individuals who have committed offences against the financial interests of the EU (offences regulated by the Directive 2017/1371). The entity was set up by Regulation 2017/1939 (**EPPO Regulation**). To date, 22 EU countries decided to join the EPPO.

If a country joins the EPPO, the competence to prosecute offences against the financial interests of the EU is transferred from a domestic prosecutor's office to the body. Investigations are carried out by the European Delegated Prosecutors (**EDPs**) who are appointed at the EU level and operate outside the structure of the national prosecutor's office. Therefore, Poland's accession to the EPPO will transfer the competence to investigate irregularities that have occurred under the PiS government, related to the improper spending of EU funds by public institutions, from the Polish prosecutor's office to the highly independent EDPs. Moreover, joining the EPPO would demonstrate the new government's commitment to EU values, and strengthen the rule of law by raising the standards of the transition process.

The post argues why Poland should join the EPPO in three steps. Firstly, it briefly presents the takeover of the Polish prosecutor's office and the difficulties arising from its functioning. Then, it provides a closer look at the EPPO. Finally, it discusses the implications of joining the EPPO for the conduct of investigations into misuse of EU funds and more generally for the rule of law standards.

Takeover of the Public Prosecutor's Office

Only a few months after taking power, PiS changed the structure of the public prosecutor's office, adopting a model of complete systemic subordination of the prosecution service to the executive. Since 2016, the position of the Prosecutor General has been held *ex officio* by the Minister of Justice (Zbigniew Ziobro) who is an active politician. The new legislation gave the Prosecutor General almost unlimited powers over prosecutors, which in practice led to the suppression of the independence of the prosecutor's office.

The changes were also linked to a large-scale replacement of staff. More than 100 experienced prosecutors from the highest levels of the prosecutor's office were dismissed overnight without any explanation. In addition, 160 prosecutors decided to retire, believing that the changes made to the prosecution service undermine their independence. The vacant positions were filled by people with connections to the Prosecutor General and the milieu of PiS politicians. Meanwhile, independent prosecutors opposing the changes were subjected to systematic repression.

The politically controlled prosecutor's office has been actively used for political reasons since 2016. Prosecutors pursued cases involving political opponents of PiS and refused to initiate proceedings in cases involving politicians from the ruling party. A particular example is the refusal to open an investigation into the alleged fraud of European Parliament funds by the Solidarna Polska party led by Zbigniew Ziobro.

The Old Public Prosecutor's Office and the New Government

Anticipating the possible loss in the parliamentary elections, in mid-2023 PiS prepared amendments to the organisation of the prosecutor's office. The changes were aimed at strengthening the position of the high-level prosecutors associated with PiS. They transferred to the National Prosecutor – who is a first deputy of the Prosecutor General – most of the competences of the latter. Consequently, the National Prosecutor was awarded control over the entire structure of the public prosecutor's office. The amendments stipulate that the National Prosecutor and other high-level prosecutors may be dismissed by the Prime Minister at the request of the Prosecutor General after obtaining a written consent of the President. Hence, the new government and the new Prosecutor General will have to cooperate with the prosecutor's office occupied by people associated with PiS. In fact, it seems unlikely that President Andrzej Duda, whose term of office expires in 2025, will agree to the dismissal of the high-level prosecutors.

The prosecutor's office being taken over by people associated with PiS will impede the transition from the hybrid regime towards democratisation of the country. Firstly, the National Prosecutor is likely to come into conflict with the new Prosecutor General (his *de iure* superior). Moreover, the high-level prosecutors, may effectively block or obstruct investigations into the irregularities committed under the PiS government. We believe that the problem of polarisation of the prosecutor's office (prosecutors loyal to the current leadership and those opposed to it) will be one of the most serious challenges of the transition.

One possible solution to this situation would be to amend the law organising the prosecutor's office in Poland. This change would most likely be prevented by the President as the democratic parties do not have the majority to overturn a potential presidential veto. Another solution that the new government should, in our view, immediately benefit from is Poland's accession to the EPPO.

Structure of the EPPO

The EPPO is a decentralised entity operating on two levels. The central level is constituted by the College, the Permanent Chambers, the European Chief Prosecutor (currently Laura Kövesi), her Deputies, the European Prosecutors and the Administrative Director. The decentralised level, on the other hand, is composed of the EDPs. The EDPs are elected in a two-tier procedure (national and EU level). They are nominated by the Member States and then appointed by the College. The EDPs shall demonstrate independence beyond doubt and shall possess the necessary qualifications and relevant practical experience of their national legal system. The number of EDPs in the Member States is agreed between a national government and the European Chief Prosecutor (at least two).

The EDPs bear the main burden of the EPPO's activities. Indeed, they conduct on behalf of the EPPO investigations into offences against the financial interests of the EU in the Member States. In principle, the EDPs have the same competences as domestic prosecutors in terms of conducting pre-trial investigations and bringing and supporting charges against alleged perpetrators.

Article 6 of the EPPO Regulation provides the EPPO with guarantees of independence both at central and decentralised levels. The EDPs act completely independent from a national prosecutor's office. They do not operate within the framework of the domestic prosecution service and do not follow instructions of national prosecutors. The EDPs only receive instructions and recommendations from the European Prosecutor and the Permanent Chambers. The EDPs shall be free from any political pressure.

The EPPO in Action

The EPPO has been extremely transparent in its practice. Pursuant to Article 94 of the EPPO Regulation, the body provides the European Parliament, the Council and the European Court of Auditors with a report on budgetary and financial management, and publishes annual reports on its activities. As the 2022 report shows, 3318 crime reports were processed that year. Moreover, the EPPO opened 865 new investigations in 2022, with a total of 1117 active investigations pending for an estimated damages of €14.1 billion. In contrast, in its report for 2022, OLAF has indicated that the value of reported fraudulent breaches of the EU financial interests fluctuated around €1.77 billion. The difference in these two reports demonstrates the effectiveness of the EPPO in combating the offences in its competence.

The number of initiated investigations confirms the effectiveness of the EPPO. The vast majority were initia-

ted by reports from national authorities as in line with Article 24 of the EPPO Regulation, they are obliged to report any criminal conduct for which the EPPO could be competent. In 2022, 16 EDPs in Italy received 330 reports about possible irregularities only from state institutions. Consequently, they opened 265 new cases with estimated damages of €2 billion. Moreover, the EPPO performs outstandingly in cases where the suspects are public officers. This illustrates that the EPPO operates completely independently and free from political pressure.

Poland has so far been reluctant to cooperate with the EPPO – no Working Agreement has yet been concluded. Moreover, Poland has also repeatedly refused to collaborate with the EPPO in already ongoing investigations. The European Chief Prosecutor has sent a letter to the European Commission regarding this matter.

Implications of joining the EPPO

Firstly, the EPPO could get involved in investigating irregularities that have occurred under the PiS government, related to the improper spending of EU funds by public institutions (e.g. irregularities in distributing grants by the National Centre for Research and Development). According to OLAF's annual report for 2022, Poland ranks third (behind Italy and Hungary) in the number of investigations initiated into misuse of EU funds.

Polish EDPs, due to the need for approval at the College level, would certainly not be people with any political connections – whether with PiS or the new government's milieu. Indeed, candidates for EDPs must demonstrate independence beyond doubt to be appointed. Thus, Poland's accession to the EPPO would ensure that investigations into the misappropriation of EU funds by the previous government would be carried out transparently and free from political influence and biases. The EDPs act independently and cannot receive any instructions from the head of the national prosecutor's office. Therefore, the actions of the EDPs could not be associated with the will of the new government and the Prosecutor General to retaliate against politicians and people who cooperated with PiS. In this way, the presence of the EPDs would strengthen standards of the transition out of hybrid regime and towards democratisation.

Furthermore, adopting a broad perspective, joining the EPPO would be a clear signal of Poland's commitment to EU values: the rule of law and democracy. It would also symbolise the end of the politicisation of the public prosecutor's office in Poland by PiS, which used to refuse to cooperate with the EPPO. By joining the EPPO, the new Polish government would demonstrate its willingness to hold its predecessors to account transparently and without political biases.

Moreover, the functioning of the EPPO in Poland would provide a model for the organisation of an independent prosecution service from which domestic prosecutors could benefit. The new Prosecutor General and independent national prosecutors, in accordance with the obligation under Article 24 of the EPPO Regulation, would report to the EDPs any criminal conduct for which the EPPO could be competent. This cooperation could certainly not be disrupted by a bunch of high-level prosecutors associated with PiS. They would simply have no impact on the work of the EDPs and could not prohibit domestic prosecutors from reporting alleged crimes. The Polish prosecutor's office headed by the new Prosecutor General, through robust cooperation with the EDPs, would strengthen public trust and its legitimacy in the Polish society, where 64% of its members trust the EU.

Conclusions

In the current political situation, it is difficult to expect changes in the structure of the prosecution service in Poland. For the moment, we do not know how the management of the prosecutor's office by the new Prosecutor General will look in practice. Some scholars (e.g. Marek Chmaj) point out that the Prosecutor General may effectively manage the prosecutor's office and that the President's consent is not necessary for the dismissal of the National Prosecutor. Irrespective of future events, we believe that the new government's priority and one of its first decisions should be Poland's accession to the EPPO. Firstly, it would be a symbolic return of Poland to the cluster of democratic countries that share EU values. It would guarantee transparent and politically unbiased investigations into the misuse of EU funds under the PiS government. We believe that joining the EPPO will be one of the core elements of a successful transition out of the hybrid regime with respect for the rule of law standards.

Dániel G. Szabó

Protecting the Fairness of European Parliament Elections via Preliminary Ruling

doi: 10.17176/20231207-165432-0

Supreme or constitutional courts regularly step in to protect the democratic process by deciding election disputes. It is remarkable that the Court of Justice of the European Union (CJEU) has so far barely been engaged concerning the European Parliament (EP) elections. Using Hungary as an example, I will argue in the following that the CJEU is institutionally well-positioned to help protect the integrity of the 2024 EP elections via preliminary ruling procedures.

Hungarian democracy has been in decline, according to the EP, the Commission and various democracy indices. The problems include the lack of a level playing field, targeted action by authorities against opposition parties, overlaps between the activities of the government and the governing party, state funding of campaigning and party financing in general, lack of media pluralism, and the different means of voting for citizens living abroad (postal vote for some and not for others). I argue that the CJEU could and should be engaged to protect the fairness of the EP elections in Hungary.

EU Law on Electing the European Parliament

Article 2 TEU provides for the principle of democracy as a foundation of the EU. Article 10 details this provision, adding the foundational value of representative democracy and direct representation in the EP. According to Armin von Bogdandy and Luke Dimitrios Spieker, *"Article 10(3) TEU can translate the value of democracy into justiciable obligations"*. Article 14 TEU, as well as Article 1(3) of the 1976 Electoral Act, require direct universal suffrage and a free and secret ballot for EP elections. Article 20 TFEU establishes EU citizenship and prescribes that the citizens of the EU have the right to vote and to stand as candidates in elections to the EP. Article 39(2) of the Charter establishes a fundamental right to free elections.

The CJEU has so far been given only limited opportunity to rule on the organisation of EP elections by Member States. In *Delvigne*, the Court ruled that Member States are implementing EU law when organising EP elections, and thus the Charter applies. In *One of Us* and *Junqueras*, the Court established that Article 10(1) TEU gives concrete expression to one of the Article 2 TEU values, namely representative democracy. In *Eman and Sevinger*, the Court set the conditions of equal treatment in the right to vote for the EP elections.

It can well be argued that Art 2 and Art 10 TEU are justiciable. In fact, the European Commission is of this opinion as it launched the infringement procedure in the *Lex Tusk* case primarily based on Article 2 and 10 TEU taken together. The standalone applicability of Article 2 TEU is not yet decided, but this might not be necessary because the problem could be construed in a similar way as Article 19 TEU was used in conjunction with Article 2 TEU by the CJEU in judicial independence cases. The underlying idea is that, just as with courts, the EP elections cannot be fair if one or more national electoral systems comprising it are fundamentally flawed [p. 83]. There is a lively debate [p. 69] about the topic, including the interpretation of Article 10 TEU [pp. 576, 580], some even understand it to mean that Hungary is not entitled to representation in the European Council and the Council, while others disagree.

Submitting a Preliminary Reference

The above legal provisions and the CJEU's emerging rule of law case-law offer solid foundations for adressing the most important issues at the 2024 EP elections before the Court in order to maintain the integrity of the vote in Hungary. My claim is that a national court (or maybe an election commission) dealing with an electoral dispute shall – in a concrete case – submit a request to the CJEU for a preliminary ruling. After all, under *Donnici* and *Junqueras*, it is up to the courts [p. 75] – national courts or, after a preliminary reference, the CJEU – to decide on the

lawfulness of EP elections.

Hungarian election disputes are generally handled by election commissions, and a judicial remedy is available. There have been no cases where a Hungarian court has referred an election question to the CJEU, and Hungarian law does not provide explicitly for a suitable procedure for suspension and referral either. This should, however, not be a matter of concern, because under settled CJEU case-law, the right of national courts to refer a preliminary question derives directly from Article 267 TFEU. Election disputes are to be handled expeditiously, and usually, this is the basic counter-argument against any suspension of the procedure. But the *Kúria* (the Hungarian supreme court having almost exclusive jurisdiction to exercise judicial review in EP election disputes) recognized [para. 23] that election cases might be suspended to refer a constitutional question to the Constitutional Court, despite the lack of a corresponding procedure in the law, if the applicant has no other realistic access to the Constitutional Court, which was a departure from earlier case-law [pp. 28, 65].

Moreover, it might not only be a possibility but an obligation for the *Kúria* to engage the CJEU under Article 267 TFEU. As a court of last instance, the *Kúria* is obliged to submit a preliminary reference unless very specific conditions are met: the question is not relevant to the case, EU law is unequivocal, or the CJEU already decided an essentially similar case. As seen above, none of the latter two conditions are met because of the uncharted nature of the territory. Besides the high relevance of the topic, statistics also tell that the *Kúria* would not run a high risk of its preliminary reference being rejected, as the CJEU accepts almost all questions from courts of last instances. The lack of reference for a preliminary ruling by a court of last instance, on the other hand, might result in several repercussions: infringement proceedings by the Commission, finding of a violation of fair trial rights by the European Court of Human Rights, and a liability for possible damages.

It would require further investigation whether a Hungarian election commission would satisfy the *"court or tribunal"* criteria under Article 267 TFEU. The question is relevant because the independence of the *Kúria* is under threat, and judges in general are discouraged from using the preliminary reference procedure. Therefore, all possible options require careful assessment to reach the CJEU. It is up to the CJEU to decide whether a body qualifies as a *"court or tribunal"*, and the CJEU uses several criteria: whether the body is (i) established by law, (ii) permanent, (iii) entrusted with a compulsory jurisdiction, (iv) applies rules of law, and (v) independent; and (vi) whether the procedure is *inter partes*, (vii) the existence of a dispute, and (viii) the judicial nature of the decision. The CJEU considers all factors as a whole and might accept the reference even in the absence of one or more individual criteria. While many of the criteria are most probably met by Hungarian election commissions, two issues remain: due to their composition of elected and delegated members by political parties, their independence can be questioned, and proceedings before the election commissions are not *inter partes*. As for the independence criterion, the CJEU has an extensive case-law on all types of bodies under which a detailed review can be done as to the nature of Hungarian election commissions. The CJEU also accepted references from procedures which were not *inter partes*.

Possible Questions for Referral

The election of the EP is running on short deadlines, for which even the rarely granted expedited procedure of the CJEU is not fast enough. Such an expedited preliminary ruling procedure lasted, on average, 7.4 months in 2022, which is way too long for an election dispute. Sure, some election-related questions might only be raised during an election period, but others might be raised afterwards as well. Persuading a judge to submit and the Court to rule in favour might be easier outside of the election periods with more time available and less attention focused on the dispute. In other words, it should not be a problem if a question does not bear immediate results, rather, it focuses on establishing precedent in a somewhat similar fashion to *Eman and Sevinger*.

Possible topics for a preliminary reference might include the following:

Lack of neutrality of public authorities

Hungarian law does not require state neutrality during elections. In a judgement, the *Kúria* contrasted the recent decisions of the Constitutional Court with the well-established German case-law on state neutrality and found that this requirement has been removed from the legal system: *"After the amendment of* [the Election Procedure in 2018] *the Kúria's case-law on state neutrality … can no longer be maintained. … Reviewing the decisions of the Hungarian Constitutional Court, the Kúria found that*

the application of the doctrine [of state neutrality] *cannot be inferred … rather, it can be concluded that it does not exist and the case-law* [of the Constitutional Court] *allows for the overlap of party and government communications. Therefore, … the Basic Law of Hungary does not require the neutrality of state bodies, which are otherwise not neutral in nature, in the election campaign"* [paras. 21-23]. It might be fruitful to provide the CJEU with an opportunity to set standards for state communication (including public broadcast companies and state-run news agencies) during EP elections.

Postal vote for some and not for others

Some Hungarian nationals living outside the country have the possibility of postal vote while others do not have this option. This practice heavily favours ethnic Hungarians living in neighbouring countries, who have voted 96 % for the governing parties in the 2019 EP elections, while more opposition-leaning emigrants living in Western Europe can only vote in-person at embassies. The difference is based on having a Hungarian address. In practice, a Hungarian national studying in Birmingham (who did not renounce his or her Hungarian address) has to travel to London to vote in-person at the embassy while his or her fellow Hungarian citizens born and living in Subotica, the centre of Hungarian life in Serbia, might vote via post. The ECtHR accepted this regime for national elections, but building on *Eman and Sevinger*, this practice might be challenged. This question can be raised both during an election period (through an appeal against not being enrolled as a postal voter), and also after the elections through an action for damages caused by the violation of EU law (the material loss is basically the cost of a Birmingham-London train ticket).

Targeted action by authorities

According to opposition parties, the Hungarian State Audit Office (SAO) discriminates against them by investigating their expenses and not that of the governing coalition. Although this question is a bit removed from the organisation of the EP, a discriminatory fine against some parties might heavily undermine their ability to run for elections and thus poison democracy at the EU level.

A problem for the EU as a whole

Unfair EP elections in Hungary are not just a problem for Hungarian citizens, whose representation in the EP will be distorted. It is also a problem for the EU as a whole, as the EU's central legislative institution (and therefore the legitimacy of all its decisions) will be tainted by the presence of unfairly elected MEPs. Moreover, this also affects *all EU citizens* who have a right to be democratically governed both under EU law and under their national constitutions. Failure to enforce this right at the EU level might then easily lead to a new *Solange-I*-style (or even worse: a *PSPP*-style) case-law of national constitutional courts in liberal democratic EU member states about EU democratic standards. The constitutionality of the conferral of national competences on the EU presupposes in some member states that the EU itself fulfils certain democratic criteria, which include, among others, the fairness of the EP elections. If this precondition is not fulfilled anymore, then member state constitutional courts might question the competence conferral on the EU in general. Therefore, it is not an option to avoid these difficult legal questions. Otherwise, they will just keep popping up at places where they will be even more difficult to solve.

Acknowledgement: The author is thankful for the input from Sarah Deisl, László Detre, András Jakab, Lando Kirchmair and János Mécs.

The author is a former delegated member of the Hungarian National Election Commission on behalf of Momentum, a political party. Views expressed here are his own.

Benedetta Lobina

Beating a Dead Horse

Is There Any Value in the Council's Annual Rule of Law Dialogue?

doi: 10.17176/20231207-165359-0

The Council's Annual Rule of Law Dialogue (ARoLD) is one of the soft law instruments adopted at the EU level in response to rule of law backsliding at Member State level. Introduced in 2014 as the intergovernmental response to the Commission's Rule of Law Framework (which the Council initially opposed), the ARoLD aims to promote and safeguard the rule of law through dialogue among all Member States. Almost ten years later, the utility of this tool is yet to be demonstrated – notwithstanding evidence-free assertions to the contrary regularly made by the Council.

With the view of potentially revising how this instrument is used, in July 2023 the Spanish Presidency of the Council sent out a "questionnaire for the Member States on the evaluation of the Council's annual rule of law dialogue." The Presidency presented ten questions, split between queries "on the purpose and principles that govern the dialogue" and "on the way the dialogue is performed today and possible improvements." The provided answers will inform conclusions to be adopted following the General Affairs Council scheduled for 12 December 2023.

Following the disclosure of the MS' answers to this questionnaire, this post will discuss the added value of this discursive and secretive tool to address systemic threats to or violations of the rule of law. I argue that the answers reveal the dialogue to be an ultimately toothless and partially incoherent exercise that relies excessively on the good faith of its participants and lacks accountability by design.

Origins of the Instrument

The objectives of the Rule of Law Dialogue were set out in the Council's Conclusions of December 2014. In accordance with the aim of being an exchange between the Union's governments, the process would be guided by "objectivity, non-discrimination and equal treatment of all Member States," with the use of a non-partisan evidence-based approach, the respect of national identities and the principle of sincere cooperation being key factors to take into consideration.

What this looks like in practice is a periodic peer review exercise conducted every year. The nature of the dialogue is informal and confidential and relies entirely on the (naïve) assumption that a national government violating the rule of law will engage with it in good faith. No recommendations are adopted and no minutes are published. After 2014, the first update the public received on the Council's ARoLD was a review, published in 2019, in which the MS agreed that it "proved a useful mechanism," without providing any substantial evidence to support the statement. Moreover, the 2019 Conclusions postponed "the concrete elaboration of the procedure and modalities of a periodic peer review mechanism on the rule of law" to the end of 2023.

Since 2020, the general makeup of the mechanism includes one annual session for horizontal debate on the state of play of the rule of law in the MS, as well one country-specific discussion led by each presidency every six months, with five MS at a time discussing their developments, issues and best practices. In terms of what the discussion entails, the original intention of holding the dialogue as a peer review exercise has shifted slightly. The debate is now based not only on the findings presented by the governments, but also takes the Commission's Annual Rule of Law Report (ARoLR), itself launched in 2020, into account. As such, the same four pillars are discussed: justice systems, the anti-corruption framework, media pluralism, and other institutional issues linked to checks and balances.

Following an access to document request lodged by Laurent Pech, the Council disclosed both the questionnaire and the replies submitted by national capitals. What emerges from it is a fascinating picture of how the dialogue has been put into practice in the past nine years; how it is perceived by the MS; and how they each individually envision its future. The results will inform the presidency's conclusions, which will be published at the end of its term.However, the responses also expose a number

of problems in the current set up.

Confidentiality over Accountability

To begin with, the fact that the mechanisms is predicated on "equal treatment" and based on evidence presented by the MS themselves in a very limited time frame results in discussions lacking depth and concreteness. This is particularly problematic when it comes to MS experiencing deliberate rule of law backsliding, as they can in no way be held accountable through the dialogue. While MS generally agree that this is done in the interest of avoiding duplication with other instruments (such as Art. 7(1) TEU hearings), the current approach vis-à-vis the likes of Hungary and Poland appears rather disingenuous and counterproductive.

The dialogue's effectiveness is further hindered by its nature as an informal and confidential mechanism. The idea behind this, as reaffirmed by the Italian delegation, is to provide a venue for "open and frank discussion on possibly sensitive issues." Without even engaging with the question as to whether compliance with the rule of law may ever be understood as a sensitive issue requiring secrecy, there is no evidence that national governments have participated in open and frank discussion within the framework of the Council's dialogue.

In their answers to the questionnaire, the MS are evenly split between those that have a strong interest in retaining confidentiality in the name of encouraging discussion and making the ARoLD a strictly political instrument (including Germany, Italy, Croatia, Bulgaria), and the MS that see more transparency as the key to achieving concrete results (Belgium, Denmark, Cyprus, Finland). This should put into question whether this cult of secrecy has actually led to any meaningful result that can be traced back to the dialogue, and the apparent answer, when looking at widespread backsliding happening across the Union, is no.

Resistance to Change

There is also no agreement on how the tool may be improved. Unsurprisingly, a small number of MS, such as Italy, Hungary and Poland, are even opposed to the current system which relies on the Commission's ARoLR as the basis for discussion. A significantly larger group (Sweden, Portugal, Belgium, Germany, Luxembourg, Croatia, Bulgaria) is against expanding the sources used in discussions to include findings of other authoritative bodies (such as the Venice Commission), experts or civil society. The general argument is that these sources are already present in the ARoLR. However, the shortcomings of the latter, in particular as regards the countries subject to backsliding or suffering from systemic problems (as exposed here and here), would justify a broader set of sources, not to mention inputs on experts and submissions from civil society.

Uncertainty over Point and Purpose

The questionnaire's answer also indicate a complete lack of consensus over what the goal of the rule of law dialogue is meant to be. Sweden and Denmark refer to it as a preventive tool, Italy sees it strictly as a peer review effort, for Poland it should just be a venue to discuss "lessons learned." Greece, meanwhile, proposed that best practices presented in the context of the dialogue should be rewarded with financial incentives. At the other end of the spectrum, France, Croatia and Cyprus express the need for monitoring and measurable standards to enhance credibility. It appears therefore that due to the lack of structure and overly general objective of this mechanism from its inception, each MS has a different vision of what it should do. But how can an instrument be effective when on top of being toothless by design, it also fails to be a lack of consensus over its purpose amongst its intended subjects?

This is especially problematic when the countries that are known to suffer from systemic rule of law deficiencies are the same that openly reject the mechanism. It is quite ironic how the French delegation describes the horizontal debates as relevant, pointing to the high number of state interventions, before specifying that the three exceptions were Hungary, Poland and Bulgaria. While states such as Germany, Denmark, Ireland, Portugal, Netherlands praise the dialogue for helping them address or reflect on with marginal issues, the ones that require systemic overhauls simply dismiss it, or in the case of Hungary and Poland, make a case of arguing that EU institutions should be subject to rule of law oversight instead.

The Pitfalls of Intergovernmentalism

All in all, the self-evaluation of the Council's annual rule of law dialogue further exposes the many pitfalls of the intergovernmental approach to rule of law issues. Within

the Council, MS have no incentive to bind themselves to mechanisms which could foster genuine accountability for their (in)action and possible or established violations of the rule of law. In the words of the Polish delegation the "dialogue should not serve as means of holding any MS accountable for irregularities identified in the Commission's Annual Rule of Law Report." While such a statement may not be surprising coming from Poland under its former PiS government, this position is shared by other governments. Lithuania argues, for instance, that though the broad scope of the dialogue may lack concreteness, the discussions should remain political in nature; Latvia remarks that many aspect touched upon in the dialogue falls under national competence, and Estonia states that "discussions at the ministerial level should not become too technically challenging, detailed and comprehensive."

A Way Forward?

If one was to rank the different rule of law tools based on their effectiveness considering their advertised objectives, the Council's rule of law dialogue would easily come last. However, all Member States, at least in principle, are supportive of it, if only because it gives the impression that they all take seriously what the Court of Justice has described as the "condition for the enjoyment of all the rights" deriving from the Treaties. This begs the question, is there any potential to be harvested from this otherwise understated soft law mechanism?

Some of the most popular proposals presented by MS delegations may provide some improvements if adopted. In the spirit of promoting best practices, several governments appear supportive of the idea of inviting experts to offer guidance and involve civil society to either improve transparency or gain a better understanding of the domestic situation. Another significant development would be the use of additional sources which differ from the ARoLR. This would give more credibility to the process and make the dialogue less self-referential. This is further elaborated by the Cypriot delegation, which argued that the dialogue would be more useful if, for example, it could discuss different established indexes and find blind spots, in order to achieve a truly comprehensive examination of the rule of law. Finally, transparency and accountability are key. There should be a way to monitor whether and how the discussions lead to national implementation of best practices, including introducing better ways to track progress and make the rule of law more measurable, as well as providing written submissions ahead of discussions to allow better preparation and informing the public by publishing the minutes after.

Nevertheless, for so long as the rule of law dialogue remains a secretive and informal process, one should not expect any concrete results to follow. Even when countries recounted their positive experiences of implementing the suggestions after the discussions, without the means to monitor and measure the actual impact and correct enforcement of the rule of law, improvements will largely remain intangible. Of course, some Member States argue that there are other adversarial arenas or more suited instruments to monitor and enforce EU values. However, if that is the case, then what is the point of the essentially self-congratulatory exercise that is the Council's rule of law dialogue cycle?

Erika Farkas, András Kádár

Trick and Treat?

Hungary's Game of Non-Compliance

doi: 10.17176/20231213-111153-0

Almost a year has passed since the European Union decided to block the payment of EUR 27 billion in union funds to Hungary under several instruments. Access to the largest part of the frozen funds – altogether EUR 13 billion – depends on whether Hungary complies with its undertakings to strengthen judicial independence. The government claims to have met all four of the so-called super milestones by adopting a judicial package in May 2023 and requests access to the blocked funds under Hungary's Recovery and Resilience Fund (RRF) and ten different operative programmes. However, upon taking a closer look at the preconditions to the payments and the nature and implementation of the proposed reforms, it becomes clear that Hungary is still playing tricks to avoid compliance, especially when it comes to reforms that could have painful consequences to the ruling majority. These tricks are very technical by nature, but experience has shown that the Hungarian government can be very technical in advancing its agenda to dismantle the rule of law. Dozens of examples prove that legal details do matter, and if there is any chance that legislation can be applied to the detriment of rule of law principles, it will be applied like that.

This blog provides illustrative examples of these tricks to reveal the disappointing truth: the Hungarian government continues to lack any genuine commitment to restoring the rule of law. At this point, only one question remains: whether the EC is letting the Hungarian government get the treat despite playing tricks.

Trick #1 ~ Legal Amendment, but No Actual Change

One main objective of the reforms was to strengthen the independence of the Kúria (the supreme court of Hungary), amongst others, by amending the rules governing the status of the Kúria President. In this respect, the undertakings of the Hungarian government were twofold: to repeal the widely criticised rules allowing the election of a chief justice on a fully political basis and to exclude their re-election.

The modifications were necessary as the previous rules on appointment and dismissal were constructed to allow political control over the position of Chief Justice without any effective oversight by the judiciary. If implemented correctly, the modifications could have permitted the application of new rules on election at the latest in 2029, when the mandate of the current Kúria President expires. Yet, due to a little trick played by the Hungarian government, the amendments adopted are quite unlikely to be applied.

The trick is simple. The new legislation expressly excludes the possibility of the re-election of the Kúria President, but also stipulates that the Kúria President should remain in office until a successor is elected by a two-thirds parliamentary majority. This allows the *de facto* re-election of the Kúria President by a blocking minority. As the mandatory retirement age of judges is not applicable to the Kúria President, the current chief justice can remain in position with full powers for an indefinite period by relying on a one-third parliamentary minority.

The Kúria President plays a key role within the Hungarian judiciary. Current Chief Justice András Zs. Varga is widely seen as a political figure, not only for the outstanding circumstances of his election but also for playing an active role in constructing a new legal narrative relativising the core requirements of judicial independence.

Chief Justice Varga's election became a symbol of political interference for several reasons. It was carried out based on personalised legislation introduced a few months before the election became due. The EC immediately warned that the legislative changes lowered eligibility criteria for the position and *"de facto increased the role of Parliament in judicial appointments to the Kúria."* Five days later, András Zs. Varga was nominated for Kúria President and was eventually elected by Parliament against the manifest objection of the National Judicial Council (NJC), which opposed his nomination because *"it does not respond to the constitutional requirement according to which the person sitting at the top of the court system shall be independent from other branches."* The UN Spe-

cial Rapporteur on the independence of judges and lawyers considered the election of Justice Varga *"an attack to the independence of the judiciary and an attempt to submit the judiciary to the will of the legislative branch"*.

Since his election, András Zs. Varga has been trying to silence critical voices. He joined smear campaigns against members of the NJC claiming that *„decisions, communications and public appearances of the NJC are political activities."* Contradicting the spirit of the Baka case, he publicly questioned the right of judges to criticise legislation and challenged before the Constitutional Court the new Code of Ethics which allows judges to comment on legislation publicly.

His activities confirm the concerns raised by the Venice Commission, according to which the regime under which the Kúria President was elected poses *"serious risk of politicisation and important consequences for the independence of the judiciary."* The only reasonable aim of the envisaged modifications was to depoliticise the position of the Kúria President and avoid the possibility of cementing the highest judicial position in accordance with the will of the ruling political majority. As such, by playing the little trick with the reform's implementation, Hungary practically undermines compliance. By automatically prolonging the mandate, the Hungarian government kills two birds with one stone: it not only cements the current Kúria President in his position but also avoids the application of the new rules on election.

Trick #2 ~ Say One Thing, Do Another

Another key element of the reforms was to eliminate all obstacles established in the domestic legislation to the right of Hungarian judges to make preliminary references to the CJEU, as expected by judgement C-564/19. In order to comply with the requirement to fully eliminate obstacles to preliminary references, it was necessary to terminate the legal effect of a precedential decision of the Kúria. This decision had barred recourse to preliminary references after a judge sought protection from the CJEU questioning abusive court management practices undermining judicial independence. The Prosecutor General (PG) immediately requested a review of the preliminary reference order under an extraordinary legal remedy. The Kúria established that the preliminary reference was unlawful for not raising genuine issues relating to the specific case. Although the Kúria could not stop the question from reaching the CJEU, it obstructed the freedom of Hungarian judges to make preliminary references. After all, who would turn to the CJEU risking the possibility of being singled out by the PG and cited before the Kúria for committing something unlawful? Who would dare to ask questions if these could qualify as unlawful and have detrimental consequences to their evaluation and career as judge?

Even after the precedential decision was found contrary to EU law by the CJEU, the Kúria publicly insisted that it remained in force. Explaining this situation, the Kúria President claimed that within Europe, *"there is some kind of a war going on between courts, like in Game of Thrones"* and that therefore *"the Kúria always examines whether European Union law should be followed on a given issue and then says whether or not it should be followed."* According to Chief Justice Varga, the Kúria has an *"exclusive mediating role between the other three superior courts (the Constitutional Court, the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights) and the courts of general jurisdiction. In this role, it must balance external judicial influences while at the same time serving as an internal benchmark for the other courts."*

The Kúria's insistence on being an "interlocutor" between national and international courts on a case-by-case basis resembles the Russian recipe for blocking the binding effect of international court judgments. While it is not clear what the Kúria's role could be in serving as an internal benchmark for interpreting Union law, the message towards lower tier courts is unambiguous: the Kúria keeps up the obligatory nature of the precedential decision under which all preliminary references that are not necessary to the resolution of the dispute concerned should be deemed unlawful.

Instead of terminating the binding effect of the precedential decision, the wording introduced by the judicial reform expressly confirmed the interpretation of the Kúria, ensuring that its legal force remains. This way, while Hungary claimed full restoration of judges' right to turn to the CJEU, in reality, the adopted legislation codified the legal effect of the precedential decision making sure that judges think twice before they make a preliminary reference.

Trick #3 - Compliance on Paper Only

The third trick played is the lousiest of all: claiming compliance under legislation adopted but not implemented. This trick was played with the reforms expected to enhan-

ce the transparency of the case allocation system at the Kúria. The existing case allocation system raised serious concerns for being established without effective oversight by judicial bodies, for lack of transparency and for allowing a wide possibility of human intervention and discretion, including the reallocation of cases, ultimately raising doubts about whether the adjudicating panel is 'established by law'. In this respect, the modifications undertaken by the Hungarian government were to establish an automated system where cases are allocated without human intervention to chambers following pre-established, objective criteria and where the composition of the adjudicating panel is determined by an algorithm.

The trick is banal: the rules were implemented only on paper. The reform fully complies with the milestones, but its implementation is half-hearted: not even the Kúria could provide proof of the existence of an IT system ensuring compliance with the law's requirements.

The Kúria's case allocation scheme raises the same problems that originated the need for reform: lack of transparency and a wide possibility of human intervention. Instead of establishing fixed adjudicating panels, the scheme formally assigns judges to chambers and sets out complicated rules for setting up adjudicating panels, providing countless variations for the final composition of the actual bench hearing the case. While it formally establishes not more than twenty chambers, in reality, the possible final composition of adjudicating panels amounts to a multiple of this number. The rules permit court leaders to determine the presiding judge, the judge-rapporteur and the number of members of the adjudicating chamber in practically any case. This way, instead of excluding human intervention, the scheme expressly incorporates discretionary decisions. Court leaders may even deprive presiding judges of fulfilling their role. As the process of electronic allocation does not cover the final composition of the adjudicating chamber, it is not possible for the parties to track back from the logbook on what basis the adjudicating panel has been formed. The abundance of exceptional rules built into the case allocation scheme not only incorporates human intervention, but also leaves wide margins for manipulation, creating an opaque process.

Both local and European Parliamentary elections will take place in 2024, and the Kúria holds exclusive competence to adjudicate electoral disputes. Ensuring that the Kúria's case allocation system is transparent and foreseeable will not only guarantee the right of citizens to a tribunal established by law but is also key to guaranteeing the fairness of the European Parliamentary elections.

The present article does not provide a detailed analysis of last-minute legislative amendments proposed by the Hungarian government after closure of the manuscript. According to the flash analysis by Hungarian civil society organisations, the proposed legislative solutions do not remedy the deficiencies described in this article.

Ágnes Kovács

Taking Revenge for Dissent

Hungary's Chief Justice to Fully Eliminate Judicial Autonomy

doi: 10.17176/20231214-111153-0

Hungary's latest judicial reform in May 2023 came in response to EU decisions to suspend the country's access to funds due to serious rule of law concerns. The reform aimed, among other things, to strengthen the independence of the Kúria, the Supreme Court of Hungary. Experience to date shows that while on the level of formal legal rules, some improvements towards the rule of law have been made, in actual daily practice, the opposite is happening.

The Hungarian regime, which is built on the idea of "ruling by cheating", never intends to fulfil its promises effectively. Also, as it is becoming more autocratic, it seeks to signal internal strength while under pressure from the outside to discourage any potential future dissent. The pattern is clear: after substantial concessions are made under EU pressure, a domestic measure counteracts it to undermine the reform. In this instance, it means that while steps have been taken to restore the independence of the Kúria, the Chief Justice is working on further eroding the independence of individual judges. This time, by dissolving, without reasonable grounds, a judicial panel that rendered decisions detrimental to the government. In this blog, I will argue that this move could get the Kúria into trouble before European courts.

A Partially Captured Institution: the Kúria

In the early 2010s, the Orbán government aimed to disempower the Kúria. These steps included the premature termination of Chief Justice András Baka's mandate (that was found illegal by the ECtHR), the forced retirement of about a third of the Kúria's judges (that was found illegal by the ECJ) and placing the Kúria under the supervision of the packed Constitutional Court *via* the newly introduced constitutional complaint mechanism. As part of this project, the government was prepared to set up a separate system for administrative justice, with a Supreme Administrative Court acting as a court of last instance in administrative lawsuits. Making the unified judicial system a fragmented one would have entailed the curtailment of the Kúria's competencies by transferring politically sensitive administrative cases to a new high court. In late 2019, however, the government retreated from this plan. This also marked a new era of judicial politics regarding the top court of Hungary. The previous policy of judicial disempowerment was replaced by a new trend of empowering the Kúria. The main instrument of this process, the so-called *limited precedent system*, has made the Kúria's judgments binding for lower courts. At the same time, the government made important steps to pack the top court with loyal judges. Court-packing culminated in the election of the new Chief Justice, András Zs. Varga, who arrived at the Kúria without previous judicial experience as a result of a series of ad hominem legislation. Ever since he took office, he has been serving the interests of the executive as the highest court official in all aspects: as a presiding judge in administrative cases and the new uniformity complaint panels, when appointing judges and court executives and determining the rules for case allocation, and also when speaking out in public in his representative capacity.

Notwithstanding these developments, the remnants of judicial autonomy have never disappeared, and some judges, even today, are willing to challenge the regime through their individual judgments when legal arguments and professional-ethical standards of judging require this. The jurisprudence of a judicial panel, namely Panel II in the administrative department of the Kúria, reflects this assertiveness. But recently, the Chief Justice has decided to dissolve this entire panel and transfer its judges to various other panels just to put the recalcitrant judges under control.

Judicial Dissent on the Bench

In recent years, Panel II found on several occasions against the government in electoral and referendum cases. In 2021, in the face of fierce international criticism over the newly adopted anti-LGBTQ+ law, the government proposed a referendum to obtain popular aut-

horization for disregarding international human rights standards. The referendum covered five vaguely formulated, manipulative questions seeking to amplify homophobic and transphobic public sentiments. Panel II refused to validate one of the five questions, namely: "*Do you support making gender reassignment treatments available also for minors?*" Shortly afterwards, all the other four questions were given the green light by other panels of the Kúria, while the Constitutional Court struck down the judgment of Panel II.

During the 2022 election campaign, the government misused voters' personal data by sending campaign messages to email addresses previously collected for Covid-related official communication. These messages contained false accusations about the opposition's stance on the Russian invasion of Ukraine. They claimed that the opposition would have sent troops to Ukraine. Panel II concluded that the government's newsletter was unlawful as it overstepped the legitimate boundaries of official government communication. However, similarly to the previous case, the Constitutional Court annulled the judgment.

More recently, Panel II has been confronted with the panel presided over by the Chief Justice when both adjudicated on referendum disputes. The decisions reflected a serious disagreement over the standards of judicial review on the admissibility of referendum questions. Panel II relied on a permissive approach to initiating referenda, thereby protecting an important political right of individuals. At the same time, the Chief Justice's judicial panel established some novel standards for strict scrutiny over referendum questions, giving grounds for effectively blocking all initiatives seeking to challenge government policies of great importance. In the latter case, the judges prevented the use of direct democracy to stop the construction of new Chinese battery factories on Hungarian territory, a priority of the Orbán government's economic policy.

In other fields, such as competition law, environmental law, and immigration policy, Panel II has established an EU-law-friendly approach, which, on some occasions, entailed setting aside Hungarian law to enforce EU law provisions. In 2023, in a follow-up decision of the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in case C-528/21, Panel II found the relevant EU directive directly applicable, requiring the Hungarian Immigration Authority to give due consideration to the individual circumstances of a third-country national (his state of health and his family life, including the best interests of his minor child) before making a return decision based on national security concerns (Kfv.II.37.292/2023/6). Also, in a case on the withdrawal of a national residence permit, Panel II stayed the main proceeding on the ground that questions related to the same legal issue had already been referred to the CJEU by a lower court (Kfv.II.37.642/2022/15). Contrary to this, in a similar case (Kfv.VII.37.517/2023/12), the Chief Justice's judicial panel decided on the basis of the Hungarian legislation, finding it in full compliance with EU law.

Punishment for Dissent: Proposal to Dissolve Panel II via Amendment to the Case Allocation Scheme

In October 2023, Chief Justice Varga proposed changes to the case allocation scheme of the Kúria. It is the case allocation that determines the number and composition of judicial panels. According to his plan, Panel II will cease to exist in its current form, and the judges will be transferred to various other adjudicating panels of the administrative college of the Kúria. The official reason for dissolving Panel II is to fill vacant judicial offices in Panel I, where two judges will retire in early 2024.

As a general rule, administrative lawsuits are heard by five-judge panels in the top court, and both Panel I and Panel II consist of five judges. Against the abovementioned background, the genuine reason for dissolving Panel II, a full and well-functioning panel, appears to be the content of the decisions the panel has made. All other explanations seem unreasonable. Also, in 2024, two elections will be held in Hungary, so any judicial dissent in electoral cases would be particularly inconvenient for the Chief Justice.

The reform of the case allocation scheme has become part of the negotiations between the Hungarian government and the European Commission over access to EU funds. International institutions and domestic watchdog bodies have long criticized the lack of a transparent and foreseeable system for allocating cases to judicial panels, especially regarding the Kúria. The established system not only jeopardised the right to a fair trial but was also detrimental to judicial autonomy. Without clearly defined, pre-determined standards for case allocation, the system has been exposed to undue human intervention and eventually to undue influence, namely the influence

of the Chief Justice over the outcome of individual cases. Recalcitrant judges can have legitimate fears that if they fail to live up to political expectations, they will not be adjudicating high-profile cases. Some judges even raised their concerns publicly about the case allocation system in the Kúria. They argued on Verfassungsblog that neither the way cases were assigned to judicial panels nor the final composition of the panel hearing the case was foreseeable. One of the authors sits on Panel II as a presiding judge.

The 2023 justice reform adopted by the government under EU pressure, however, envisaged a new, de facto automated case allocation regime in the Kúria. It also provided new safeguards against the possible manipulation of case allocation. Judicial bodies, namely the local judicial council and the competent department of judges, have been given the right to consent to the rules of case allocation, while parties to the proceeding can now verify whether the rules for case allocation have been properly applied. However, the system still lacks foreseeability and provides ample grounds for manipulation. Nevertheless, the Chief Justice continues to misleadingly claim that the Kúria complies and has already, for some time, complied with the new rules determined by the justice reform.

Violation of the Irremovability of Judges?

Autonomy in judicial decision-making is least tolerated in politically sensitive cases by autocratic governments. Despite all efforts to weaken judicial autonomy, some Hungarian judges have rendered brave rulings in cases of great importance to the government.

The decision of the Chief Justice to dissolve a full judicial panel seems to be a strong response to dissent. His move, however, is wrapped up in the amendment of the case allocation scheme, and he seems to have succeeded in gaining the support of the majority of judges for his plan. However, having a majority does not mean that the judges concerned had themselves consented to the transfer. Moreover, in the case at hand, the vote on the case allocation scheme was not treated as a personnel issue, so an open vote took place. This could have discouraged judges from voting down the Chief Justice's proposal.

While the demands of the European Commission indeed brought about important measures to improve the transparency of case allocation and pushed through new built-in checks, the current story shows there are further grounds to influence the way cases are assigned to judges. This could not only incapacitate the respective judges but could have a chilling effect on all judges sitting on the top court. Judges are strategic actors and likely to retreat from direct confrontation in their judgments if their judicial career within the Kúria may be put at risk.

The transfer of judges from one panel to another without reasonable grounds and the explicit consent of the judges concerned may lead to a violation of the principles of the irremovability of judges and judicial independence, principles which are strongly embedded in EU law and guaranteed by Article 19(1) TEU and Article 47 of the EU Charter (see the arguments of the CJEU in case C-487/19 *W.Ż.*). Similarly, protection against arbitrary transfer is acknowledged by the European Court of Human Rights under Article 6 of the Convention as a corollary of judicial independence. As a result, the Kúria can easily get into trouble if the problems of arbitrary judicial transfers and the unlawful composition of judicial panels are brought before European courts.

Laurent Pech

The Future of the Rule of Law in the EU

doi: 10.17176/20231215-111153-0

The history of the rule of law in EU law has been one of gradual process of formal Treaty enshrinement followed by the swift development of the EU's "rule of law toolbox" in response to unexpected backsliding at EU Member State level.

With systemic threats to and violations of the rule of law not subsiding, notwithstanding the expected end of backsliding in the case of Poland, the future of the rule of law in the EU is likely to be one of retrenchment accompanied by increased gaslighting to mask an increased gap between EU rhetoric and EU action. This means that the Commission's decision to unlock € 10 bn of EU funding previously frozen on rule of law grounds to "sway Viktor Orbán on Ukraine" should not be seen as a once-off aberration but as prefiguration of a new abnormal normal.

Before outlining the main features of this (bleak) future, a broad overview of what I have labelled the EU's "toolbox decade" will be provided.

The Present: The (Ending) Toolbox Decade

The entry into force of the Lisbon Treaty was followed by a rapid expansion of the EU's rule of law toolbox in response to an unexpected "rule of law crisis" starting with Hungary in 2010. Brand-new rule of law-focused mechanisms such as the European Rule of Law mechanism were adopted but primarily in an uncoordinated manner and on the basis of an overall diagnosis which one may view as flawed (i.e., the EU allegedly lacked the tools to address backsliding at Member State level).

Notwithstanding the swift development of the rule of law toolbox over a decade, backsliding has continued to gain in intensity in some EU Member States and spread to others.

It did not have to be that way.

At the risk of oversimplification, the EU has failed to tackle autocratisation at EU Member State level because it has prioritised toolbox navel gazing before wasting time (mis)using prevention tools and procrastinating when it comes to response tools.

Hungary, the first EU country to have ceased to be a democracy after a decade of backsliding, is the textbook example of the EU's unmitigated failure to stop autocratic rot. Notwithstanding repeated calls from the European Parliament to take Hungary's top-down autocratisation process more seriously as early as 2013, the Commission and Council did virtually nothing for more than a decade. To this day, they continue to refuse to acknowledge that Hungary is no longer a democracy notwithstanding the European Parliament's finding to the contrary.

The only meaningful but belated action to date has been the freezing of about € 28 bn in EU funding under three different mechanisms last year. Recent developments however suggest this welcome but overdue resolve will be short-lived with the Council and Commission returning to their default setting position of rewarding extortion tactics by taking seriously cosmetic, Potemkin-style changes while Orbán is simultaneously introducing a new law making "Moscow's foreign agent law look mild and meek".

Poland's abrupt decent into authoritarianism did see the Commission reacting in a more assertive way but even in this situation, unprecedented in terms of the breadth and intense nature of the attacks on judicial independence, the Commission has done so in a too little, too late fashion. In terms of legal actions, no more than 5 rule of law infringement actions have been lodged with the CJEU in about 8 years, with the Commission furthermore leaving unaddressed the "main underlying problem" at the heart of Poland's "rule of law breakdown".

The Commission did suspend a significantly large amount of EU funding in 2022 but it only did so following Poland's *own admission* that it does not comply with the EU Charter of Fundamental Rights. The Commission has furthermore refused to activate the Conditionality Regulation on the most dubious grounds and made access to EU Recovery funding to rule of law milestones so manifestly deficient that 5 Commissioners dissented and several associations of judges sued the Commission for disregarding the rule of law case law of the CJEU.

In short, the Guardian of the Treaties has not exactly covered itself in rule of law glory notwithstanding the current President of the Commission asserting in 2022 that the "Commission's duty and most noble role" is to protect the rule of law – ten years after the then President of the Commission, Mr. Barroso, warned against mounting "threats to the legal and democratic fabric in some of our European states".

Unfortunately, the gap between the rule of law rhetoric of the Commission but also the Council and the reality of their action has never been so wide. To focus on the sole Guardian of the Treaties due to space constraints, the current Commission is the only one in the history of the EU (this is a non-exhaustive list):

- to have been sued by the European Parliament for failing to act in a rule of law context and sued by several associations of judges before being sued by an association of prosecutors for disregarding systemic violations of the rule of law for political reasons;
- to have seen a national parliament formally instructing its national government to launch an infringement action in respect of Poland's "muzzle law" as the Commission was failing to do so;
- to have claimed that no follow up enforcement action was required as regards a CJEU rule of law related order and judgment as they had been complied with only to see the ECtHR disagreeing with this assessment in two Polish cases decided in 2022 and 2023;
- to have failed to sanction a Commissioner known for his attempts to doctor Commission reports and "circumvent and undermine the centrality of reforms in the EU accession countries in the areas of democracy and the rule of law".

It is no wonder that Europe's senior judges have felt compelled to continue raising the alarm in increasingly blunt terms. In 2021, the CJEU President stated that the foundations of the EU as a Union "based on the rule of law are under threat". Most recently, the CJEU President felt compelled to caution against "authoritarian drifts" which could lead to the rule of law being replaced with "rule of lawlessness".

The Future: The (Toothless) Reporting Decade?

The history of the rule of law in EU law began with a gradual but extensive process of constitutional entrenchment. Are we going to go full circle and enter a phase of retrenchment?

One should not expect formal but rather de facto retrenchment. This prognosis may seem counterintuitive as the EU's "toolbox decade" ended with some unexpectedly meaningful enforcement actions primarily in the form of EU funding not being disbursed on rule of law grounds to both Hungary and Poland. Yet, these actions are likely to be the first and last sparks of meaningful enforcement one may expect from the Commission and the Council which, one must stress, have simultaneously undermined the rule of law in other contexts.

This is why it is suggested that we may be entering a third phase in which the EU will no longer seek to project a sense of purpose by adopting new tools and undertaking minimal enforcement action when confronted with the most defiant instances of systemic violations of EU rule of law requirements. Instead, one may expect to see the Commission and the Council exclusively relying on existing but ineffective *permanent* dialogue-based and reporting procedures covering *all* Member States resulting in the *recurrent* adoption for *every* Member State of *non-binding* recommendations. This will be accompanied by assessments claiming compliance or progress even where there is little or none on the ground, and denying or minimising systemic violations when necessary, so as to avoid having to follow up with enforcement action in respect of specific Member States.

In other words, instead of legal and financial action targeting the systemic violators of the rule of law, reports and recommendations in respect of all the Member States will continue to inexorably grow (108 reports and 283 recommendations have been produced within the sole framework of the Commission's annual rule of law report to date) and counterproductively mix minor issues with systemic threats/violations, a feature which only ends up normalising the abnormal and diverting limited resources.

This prognosis is informed by existing trends, the last two of which are more recent and arguably less noticed to date.

The first *tendance lourde* ever since the "failed" case of Austria in 1999 and the resulting urban myth that EU rule

of law interventions don't work has been the lack of political will to meaningfully sanction specific Member States. Instead, the Commission and the Council have developed an infatuation with toothless-by-design dialogue-based and report-producing processes in a broader context where the EU's default setting seems to favour spending time on new legislation and tools than addressing problems, including systemic non-compliance, on the basis of existing legislation and tools. When it comes to backsliding specifically, the different factors explaining the Commission and Council's default appeasement setting has been comprehensively outlined in the work of Professors Scheppele, Kelemen and Closa. One may just add that with a European Parliament at serious risk of losing its current pro rule of law majority, there may be no impetus left within the EU's institutional framework to respond to rule of law backsliding with meaningful enforcement action whereas the CJEU can only step in if it receives infringement actions of the right scope at the right time and if national judges are not prevented (de jure or de facto) from submitting rule of law questions to it.

A second and more recent trend is what one may label nonchalant disregard for the rule of law *in* the EU Member States. This trend is visible in countries regarded as consolidated democracies at EU Member State level and whose governments tend to adopt – ironically – a strong pro rule of law stance in the Council. While non-systemic in nature, nonchalant disregard is not only unhealthy if not dangerous in terms of societal support for the rule of law and the country's democratic fabric, it also provides cover for those engaged in systemic violations of the rule of law. This trend furthermore reinforces the *tendance lourde* highlighted above as the Commission has shown an increasing tendency not to act without strong support in the Council, and strong support is unlikely to materialise when even the core EU rule of law countries evidence this trend or are captured by authoritarian populists.

To give a recent example of nonchalant disregard for the rule of law, last month, the French government casually violated an interim order of the ECtHR for the very first time in an extradition context. One may also mention the French government's prior reliance on (specious) constitutional identity arguments to convince France's top French administrative court of disregarding the CJEU's case law in the area of date retention. Unfortunately, multiple examples from many EU Member States could be easily listed. To borrow from a recent (draft) report by MEP Sophie In'tVeld, we are witnessing the erosion of democracy, the rule of law and fundamental rights across the EU with several Member States engaged in open non-compliance "with EU law in various fields, such as asylum, implementation of sanctions, and human rights law", a new trend which "risks making the EU a lawless zone".

In parallel to the trend above, there is increasing evidence of unconcerned disregard for the rule of law *at* EU level where national executives (acting within the Council or the European Council), with usually the complicity (tacit or explicit) of the European Commission, are willing to disregard their legal obligations and "treat judgments of the Court of Justice as bargaining chips and adjustment variables for reasons of political convenience." A recent example is the nonchalant acceptance by influential EU actors that it is fine to unlock EU money suspended on rule of law grounds regardless of whether the EU's rule of law demands have been meaningfully met in response to a government's extortion tactics. A specific problem in this context has been the CJEU's reluctance to hold EU institutions to account when they themselves violate the rule of law, creating in turn a serious risk that the CJEU itself "may be perceived as not fully consistent in enforcing the rule of law at the national and EU levels".

Even more problematical and arguably more systemic in nature is the emergence of Professors Kochenov and Ganty have described as "EU Lawlessness Law". One may mention here the example of the EU-Tunisia "memorandum of understanding". This MoU not only makes the EU complicit "in abuses against asylum seekers, refugees and migrants", it was agreed by "Team Europe", a new and unaccountable negotiation "team" which has no legal basis in the Treaties.

The tendencies outlined above are surfacing in a broader context in which "the law's regulating and restraining role appears to be viewed increasingly as an obstacle to good government, not a necessary and indispensable ingredient thereof". This trend is noticeable in the EU but also beyond the EU with, for instance, the UK currently in full backsliding mode with its current government willing to legislate a "dangerous legal falsehood designed to undermine the rule of law" to project a flawed sense of purpose.

As far as the EU is concerned, the tendencies outlined above are bound to further reinforce each other with the

EU subject to increasing autocratic contamination and rule of law erosion both from below and from within. And with the EU's enforcement duo unwilling to seriously defend the values which "define the very identity of the [EU] as a common legal order" but all too willing to treat compliance with the rule of law as a bargaining chip, it is for the rest of us and especially "constitutional scholars" to tirelessly explain what is at stake; to remind political actors of their "ecological responsibility" for the constitutional framework based on the rule of law in which they operate; and increase the costs of inaction or complicity in the face of systemic threats to or violations of the rule of law.

This post is based on a presentation given at Yale University last week.

Benedetta Lobina

Same Old, Same Old

Nothing New for the Council's Annual Rule of Law Dialogue

doi: 10.17176/20231216-111244-0

Following the General Affairs Council on 12 December 2023, the Spanish presidency issued its conclusions on the evaluation of the Annual Rule of Law Dialogue (ARoLD). The evaluation is largely informed by a questionnaire addressed to national delegations in July, where they were asked for their opinions on the current state of the mechanism and potential improvements. As argued in a previous post on this blog, the questionnaire failed to show a uniformity of understanding of the tool and clear intentions for further developments among the member states. So what is the final interpretation of the Spanish presidency and what does it say about the future of the dialogue?

As the present blog will argue, the overly positive assessment that transpires from the conclusion fails to convince, due to the continued reliance on confidentiality and the lack of any tangible standards. Moreover, the improvements suggested by the presidency fall overwhelmingly short of addressing the issues that plague this instrument, confirming it as a weak exercise in posturing with no real stakes involved.

Qualifying the Praise

In the months following the questionnaire, conclusions to be adopted by the end of the year were repeatedly discussed in GAC meetings. However, having failed to reach a consensus, the Spanish presidency resorted to issuing its conclusions, which were supported or not objected to by 25 delegations. This is not unprecedented, as the last evaluation, in 2019, also did not result in the adoption of conclusions by the Council. However, in that case, the presidency received the support of 26 delegations. Though the delegation behind the objection and its reasoning is not known, it certainly casts a negative light on the claims of absolute support for the mechanism otherwise made in the text.

The first half of the conclusions is in fact mostly dedicated to praising the current content and structure of the dialogue, which in line with the almost universal response to the first question of the questionnaire, was deemed useful for "creating a space for constructive political exchanges" and sharing "best practices and lessons learned." It is further remarked that the mechanism is now a "more result-oriented" stock-taking exercise and it facilitates "comprehensive, genuine and interactive political discussion."

However, due to the informal and confidential nature of the dialogue, which notably does not produce recommendations or publish minutes, it is impossible to substantiate claims as to its efficacy, especially considering the ongoing rule of law crisis in several member states has certainly not improved since the introduction of the dialogue in 2014 (if anything it has spread to more countries in that time period, including Poland and possibly now Slovakia).

Moreover, it is worth noting that from the single insight provided by France on the participation to discussions, it emerged that some of the MS that most suffer from (deliberate) rule of law deficiencies – Hungary, Poland, Bulgaria – do not to engage. As such, hailing the dialogue as strong and genuine is misleading, or at least, its usefulness is solely limited to the MS that participate in good faith, and furthermore, it can only be measured through the MS' own self-assessment.

Some Improvements

Acknowledging the need for improvements aimed at strengthening the rule of law and preventing "emerging and existing rule of law challenges," the Spanish presidency introduced one main change, pertaining to the scheduling of the ARoLD cycle. While the horizontal discussion is maintained on a yearly basis, country-specific discussions will take place three times a year, instead of twice, and the number of countries to be subject to each session will go from five to four.

This change takes account of the answers of the Member States (see question 5b). These were split in the middle between those who agreed that lowering to four count-

ries would enhance discussions with greater focus and depth, and those that warned against dilating the frequency of the cycle at the detriment of meaningful monitoring. The compromise achieved by the presidency, which effectively increases the total number of states to be heard each year from 10 to 12, while also allowing each of them more time per session, strikes the optimal balance. Whether this marginal, technical change will yield any tangible results, however, remains to be seen.

Falling Short…

In terms of the other proposals suggested in the questionnaire, specifically on the introduction of additional sources besides the Commission's Annual Rule of Law Report and the possibility of opening the dialogue to civil society, experts, and delivering some conclusions, it was perhaps foreseeable from the tepid reaction of the MS delegations that little would change. However, some minor amendments ought to be noted.

Indeed, the presidency's conclusions do offer a small opening to the consideration of "international public law organisations insofar as the Commission's ARoLR has taken them into account," referring to them as "ancillary and auxiliary but valuable sources of information." The type of sources envisioned in this context are mainly the Council of Europe and its bodies, presumably the Venice Commission and GRECO as mentioned by some Member States (Ireland, France, Cyprus), owing to their recognition by the Council, the Commission and the Court of Justice in separate instances.

This is an interesting position expressed by the presidency, which diverges somewhat from the opinion of the majority of the Member States. These had argued external sources are already duly taken into account by the Commission. At the same time, the inextricable relationship between possible external sources and their use in the Report is rather limiting, and though the wording makes sense when read in the context of the Member States' responses, in practice it does not offer any useful improvement.

It was always unlikely that ambitious ideas, like the one put forward by Cyprus to use a more comprehensive set of indexes to identify blind spots and make the rule of law more measurable, would be implemented. But at the same time, the inherent flaws of the ARoLR and the dialogue's continued nearly exclusive reliance on it is reductive and falls short of fixing the essential issue with the self-referential nature of this mechanism.

…And Missing the Mark.

In terms of involving civil society and experts to the ARoLD, there was no consensus amongst the Member States. However, the general attitude was more positive than for other proposals, with the likes of the Netherlands and Denmark (to name but two) outwardly stating it would improve transparency. On the other hand, a strong minority comprised of Germany, Italy, Sweden, Portugal, Malta, Croatia and Bulgaria, argued against infringing upon confidentiality, one of the key features of this tool.

The result is a watered-down compromise which provides that a presidency may organise interactive exchanges on a more frequent basis, such as seminars, involving stakeholders like citizens, civil society, parliamentarians, local authorities, academia, social partners, and journalists. This is not a new feature of the dialogue; the Swedish presidency, for example, had organised a Symposium on Democracy and the Rule of Law in Stockholm, which was open to the Member States, institutions and civil society. The last prong of the question, asking about the potential for presenting conclusions to civil society representatives, receives no mention or reference in the conclusions.

Ultimately, this is a great missed opportunity. The cult of confidentiality continues to significantly curb accountability and transparency, which is particularly problematic when dealing with the rule of law. It once again proves the MS are determined to keep the ARoLD weak by design, posturing commitment to EU values, but fundamentally rejecting the idea of holding themselves to real, predetermined and openly available standards. It is an oxymoron and a victory for those MS who feel they have something to hide.

Some Improvements

Nothing New Under the Sun

Unsurprisingly, the ARoLD is set to live on as the most toothless and secretive instrument in the EU's rule of law toolbox. The fact that Member States are content with the status quo, save for a small amendment to the schedule and ambiguous openings to the use of external sources which are unlikely to significantly improve the efficacy of the dialogue, is a damning indictment of how ill-fitted

the Council is as the institution entrusted with conducting this and other rule of law procedures (most notably Article 7 TEU).

There has been a complete lack of meaningful improvement to the rule of law crisis over the almost ten years since its creation. In light of this, the choice to reject change and indeed praise the instrument only truly benefits those governments that will continue to erode their domestic checks and balances without the fear of intergovernmental accountability and oversight.

Renáta Uitz

Orbán's Veto Play – The Subsidiarity Card

doi: 10.17176/20231216-111124-0

Viktor Orbán is known to use veto threats in the European Council to get his way. This time, he was keen to see that after months of tense exchanges with the Commission, Hungary gets access to EU funds that had been blocked in order to achieve compliance with the rule of law and fundamental rights (EU Charter) conditionality. So, PM Orbán saw it fit to loudly contest Ukraine's accession and the financial aid package of 50 billion Euros on the continent and across the Atlantic. And heard he was. President Zelensky had signed into law new legislation passed by the Ukrainian parliament (Rada) to restore minority language rights on 8 December, a contentious issue in Ukrainian-Hungarian relations.

Then right before the EU summit in Brussels, the EU Commission decided to unblock 10.2 billion Euros of cohesion funds on 13 December. Once the Hungarian Parliament processed a rushed omnibus bill, the Commission was satisfied that – after several exchanges – Hungary met the horizontal enabling condition on the EU Charter of Fundamental Rights regarding judicial independence.

This may be PM Orbán's strongest veto play to date. To reinforce the seriousness of PM Orbán's veto threats, the Hungarian Parliament passed a legislative package, complete with a constitutional amendment, to defend sovereignty from foreign interference (T-6222) which is yet to be signed into law. This package appears to be thematically linked to a curious provision that was added to the omnibus bill with the same last-minute rider that tipped the balance towards unblocking the cohesion funds. This new provision opens up a novel preliminary ruling procedure for the CJEU before the Hungarian Constitutional Court. It is premised on the understanding that the Hungarian Constitutional Court is the court best suited in Europe to interpret questions of constitutional tradition, national identity or sovereignty. In other words, PM Orbán slipped a subsidiarity card to the deck he uses for his veto play – right under the Commission's nose.

Funds set loose

Regarding judicial reforms, one of the Commission's key concerns was the removal of potential limitations on references for preliminary rulings by Hungarian courts. The Hungarian Parliament met the Commission's request by adding to an already overpacked omnibus bill on higher education a last minute rider to amend the act on criminal procedure (Act no. XC of 2017, Article 490(1)). Parliament passed the bill in the evening of 12 December and the new act signed by the president was printed in the official journal on 13 December 2023 (Act no. LXXXV of 2023, Magyar Közlöny issue 178 of 2023).

The Commission's press communication states that "The Commission will **closely and continuously monitor**, notably through audits, active engagement with stakeholders and in monitoring committees, the application of the measures put in place by Hungary. If, at any point in time, the Commission considers that this horizontal enabling condition is no longer fulfilled, it may again decide to block funding." (original emphasis) Although the Commission continues to withhold 21 billion Euros due to rule of law concerns, the Commission's decision to was instantly criticised. German Green MP Daniel Freund warned that "the timing of the release only allows the conclusion that this was not about judicial reforms. Instead, the 10 billion Euros was intended to remove Orbán's veto."

The Commission clearly had no more time or patience for all elements of PM Orbán's veto play: the sovereignty protection package did not receive consideration this time around. The Commission's silence is all the more curious as the tabling of the sovereignty protection package was accompanied by a billboard campaign depicting Ursula von der Leyen and Open Society Foundations chair, Alex Soros, with the slogan: "Let's not dance to their tune."

Unleashing the defense of sovereignty

The aim of the omnibus bill is to defend the motherland, Hungarian interests and rules from foreign interference. Among the typical threats the bill seeks to eliminate, the preamble specifically mentions that in the 2022 national elections "the prime ministerial candidate of the united opposition itself has said that millions of US dollars were transferred to them from the United States of America during the election campaign." It also mentions specifically that "in spring 2022 the united opposition circumvented this rule by using funds from abroad through NGOs and companies engaged in political activities."

The new bill establishes an Office to Defend National Security that will be in charge of developing a methodology for the analysis of risks to sovereignty; mapping and investigating threats to sovereignty and preparing annual sovereignty reports. The focus of the new Office's investigating powers appears to be organisations engaged in "activities using foreign funding may influence the outcome of elections" and organizations that "use foreign funding to influence the will of the voters or support such activities."

This new Office has rather eminent constitutional status: its independence is embedded in the Fundamental Law through the newly enacted Twelfth Amendment (R(4), amended on 12 December 2023); its president is selected by the prime minister and appointed by the president of the republic; the president also enjoys the same immunity that is due to members of Parliament. The investigative powers of the Office are expressly exempted from administrative judicial review.

The bill also amends several provisions related to the conduct of elections and party finance. It introduces a new crime of "unlawfully influencing the will of the voters" defined as "A member, responsible person or executive officer of a nominating organisation under the Act on Electoral Procedure, as well as a candidate under the Act on Electoral Procedure, who uses prohibited foreign funds or, in order to circumvent this prohibition, uses a financial advantage derived from an agreement disguising the origin of the prohibited foreign funds, shall be punished by a criminal offence punishable by imprisonment for up to three years." This new crime complements the existing prohibition of on political parties to accept foreign funds, included in the act on the operation and management of political parties.

The vagueness of this provision new criminal provision makes it particularly problematic, especially when it comes to the act of disguising prohibited funds.

According to the Hungarian Helsinki Committee: "The self-defense bill is a thinly veiled attempt to intimidate and silence brave citizens who are working in the interests of their communities from participating in public life." Indeed, the bill's preamble specifically points to how "in spring 2022 the united opposition circumvented this rule by using funds from abroad through NGOs and companies engaged in political activities." This is a reference to a civil society-led mobilization campaign that contributed to 1.6 million casting invalid votes in the government's referendum on gender, rendering the referendum ultimately invalid. Some of the civil society organizations were fined by the National Election Commission, and ultimately by the Supreme Court for interfering with the integrity of the elections.

There is little doubt that the legislation of the defense of sovereignty was meant to taunt the European Commission. As the Hungarian Helsinki Committee poignantly pointed out: "This legislation, reminiscent of the stigmatising 2017 LexNGO and the 2018 Stop Soros laws, is yet another affront to Hungary's constitutional, international, and EU commitments."

Until recently, the defense of sovereignty in the face of European interference used to be the packed Polish Constitutional Tribunal's specialty. Hungary tended to stick to the more conservative rhetoric of defending national constitutional identity. In the heat of European debates on the migration crisis the Fundamental Law was amended to make defending the constitutional identity and the Christian culture of Hungary the constitutional obligation of every state institution (Article R(4), as inserted by the Seventh Amendment, 28 June 2018). The Seventh Amendment also defended sovereignty indirectly when it inserted wording on the prohibition of settlement of foreign populations (Article XIV(1)). The Twelfth Amendment also avoids the word sovereignty: the sentence that anchors the Office on the Defence of Sovereignty entrenches an independent body tasked with defending constitutional identity.

It is hardly an oversight that the legislative package on the defense of sovereignty leaves room for creative ambiguity. It certainly created an opening for slipping a subsidiarity card to the omnibus bill at the last minute – and getting it past the Commission, at least for now.

The Ultimate Magic Trick: The Subsidiarity Card

The omnibus bill that managed to please the Commission on judicial independence introduces a new procedure to the act on the Constitutional Tribunal (adding Article 16/A to Act no. CLI of 2011 on the Constitutional Court), called 'decision on a preliminary European Union interpretation opinion' (*előzetes európai uniós értelmező véleményről szóló döntés*).

The new procedure opens up the possibility for the European Court of Justice to turn with a reference to the Hungarian Constitutional Court and seek a preliminary opinion if a case pending before the CJEU brings up an issue concerning "Hungary's

- (a) constitutional settlement, including basic state functions – such as defending the state's territorial integrity, public order and national security,
- (b) constitutional
- (ba) order,
- (bb) requirements, and
- (bc) traditions, and
- (c) national identity,
- (d) sovereignty,
- (e) unalienable right to dispose of its population,
- (f) Fundamental Law's protection on fundamental rights and liberties protected, and human dignity."

The official reasons attached to the provision emphasize that this is an advisory process, wherein the Constitutional Court is meant to act in a preparatory and auxiliary capacity. The provision did not receive any attention in Parliament, given its last-minute inclusion in a large and diverse omnibus bill. The spirit of sovereignty protection, however, can still be sensed in the text, as it lists constitutional traditions, national identity and sovereignty one after the other as objects falling within the Hungarian Constitutional Court's domain of expertise.

The procedure may be meant as a vehicle in the service of European judicial dialogue: to encourage the CJEU to act towards national constitutional courts in the spirit of reciprocity, in order to avoid clashes and to give effect to the principle of subsidiarity (TEU Article 5(3)).

The provision may of course also become a convenient excuse for non-compliance with future judgments of the CJEU. It creates a legal foundation for the Hungarian government to claim that a particular judgment violates the aspects of the Fundamental Law listed above (including sovereignty), and as such cannot be executed: had the CJEU bothered to turn to the Hungarian Constitutional Court for a preliminary interpretation before reaching its conclusion, the CJEU could have been told so in advance. The provision does not say that the Hungarian government or the Constitutional Court may prevent the execution of a CJEU judgement with reference to the grounds listed as potential preliminary reference subjects. But it certainly creates a new avenue for contesting the primacy of EU law in a highly visible way, with direct reference to sovereignty.

A Russian inspired subsidiarity card

The subsidiarity card may sound comforting at first, given the principle's solid grounding in Article 5(3) TEU. Certainly, this provision in its current form is not a mirror image of the 2016 Russian law that authorized the Constitutional Court to find international courts' judgements non-executable with reference to the Constitution. But especially at a time when the air in Hungarian Parliament is think with the defence of sovereignty, the whiff of Russian inspiration is hard to ignore when a subsidiarity card is pulled in the vicinity of European courts.

It will be curious to see the Commission turn its attention to the sovereignty package, once the dust settles on PM Orbán's latest veto play.

Tommaso Pavone

The EU's Faustian Bargain

The EU Betrays Ukraine and the Rule of Law – and We Will Live to Regret It

doi: 10.17176/20231217-111132-0

When future histories of the European Union (EU) are written, how will they remember the momentous week of December 11, 2023?

Will history books recount it kindly as a triumph for the EU? European Council (EUCO) President Charles Michel and European Commission President Ursula von der Leyen certainly think so, framing the week as "a historic moment" and "a landmark in our common history." After all, EUCO had just thrown journalists and Europhiles a bone. Forget the gloomy talk of blackmail and extortion triggered by the Commission's choice to disburse €10bn of EU cohesion funds to Hungarian Prime Minister Viktor Orbán's kleptocracy. Instead, hear, hear! Through the masterful intergovernmental arm-twisting characteristic of the most exciting EUCO summits, the EU26 were able to open accession negotiations with Ukraine and Moldova by overcoming Orbán's veto. Was it German Chancellor Olaf Scholtz who masterminded that Orbán leave the room at just the right moment to abstain from the vote, or was the ingenious move proposed by Orbán himself? How did the EU "bust the Orbán myth" of a strategic mastermind and get him to fold without conceding much of anything in return?

To be sure, Orbán did his best to puncture the sails of jubilation. His political director immediately reminded the press that Hungary opposes Ukraine's accession and that Orbán will have plenty of opportunities to veto the dozens of unanimous votes that EUCO will have to take to advance the process, spurring Belgian Prime Minister Alexander De Croo to blurt that Orbán should "keep [his] mouth shut." Undeterred, a few hours later Orbán vetoed EUCO's efforts to revise the Multiannual Financial Framework (MFF) to supply Ukraine with €50bn of direly-needed aid. Apparently deflated, EU leaders ended the summit and went home early. Yet the veneer of victory seemed to hold firm with many policymakers and commentators: Orbán could be circumvented when it comes to aid, but not when it comes to opening accession talks. The EU's *enfant terrible* won the battle but lost the war.

The foregoing narrative might help spread our Christmas cheer, but it is a deep misreading of what transpired. The EU struck a faustian bargain this week, and selling one's soul is seldom a choice that gets better with age.

Two North Stars, One Faustian Bargain

To cut through the fog of what rapidly unfolded and assess its implications, we should keep two "north stars" squarely in mind. First, accession talks are meaningless if Ukraine does not win the war and survive as a sovereign state. Second, accession talks are worthless if EU leaders abandon their commitment to defending a "community based on the rule of law." This week's events cast dark clouds that blocked the light of both north stars.

First, on aid to Ukraine and hollow promises. In October, Russian President Vladimir Putin ominously quipped that Ukraine would be unable to defend itself without western aid: "Just imagine the aid stops tomorrow. It will live for only a week when they run out of ammo." We should not take Putin's prognostications (or should we say 'directions' to Orbán, Putin's trojan horse in the EU?) at face value. Yet even Ukraine President Volodymyr Zelenskyy has warned that Ukraine desperately needs military weapons and economic support to hold the line against Russia's illegal war of aggression. With Republicans in the US Congress derailing US President Joe Biden's efforts to supply Ukraine with a $60 billion aid package, this was the moment for EU leaders to step up. For months EU leaders refined the details of a €50bn aid package. For months they assured the press that they would get it done. For months they promised they had a "plan B" to circumvent Orbán should he prove intransigent. Even Orbán hinted that if the EU handed over a big pile of taxpayer money to keep his kleptocratic regime satiated, he might take certain liberties with Putin's directions and support the aid. Both sets of promises proved farcical. The day before the summit, the Commission handed over €10bn to Orbán, yet Orbán vetoed the Ukraine aid package anyway. Then instead of circumventing Orbán to provide materi-

al support to Ukraine, EU leaders threw in the towel and promised to do better next time. On the front lines of the war in Ukraine, promises of "next times" are liable to ring hollow sooner rather than later. And for good reason: unless EU leaders get their act together, there may not be a Ukraine to accede to the EU in the future.

Second, on the latest EU betrayal of the rule of law. This week, the von der Leyen Commission tarnished its credibility as "guardian of the Treaties" and undermined the most powerful leverage it has over aspiring autocrats: financial conditionality. Conveniently – but, the Commission assures us, completely unrelatedly! – the day before the EUCO summit the Commission suddenly declared that Hungary now has independent courts and honors its commitments under the EU's Charter of Fundamental Rights, so Orbán could be rewarded with €10bn in cohesion funds. Never mind that Orbán had been openly blackmailing the Commission, promising to derail the EUCO summit unless the funds were disbursed. Never mind that lawyers at the Hungarian Helsinki Committee and legal scholars had been warning the Commission that Orbán's latest "judicial reforms" make the situation worse. Never mind that Orbán had just unveiled antisemitic billboards throughout the country vilifying von der Leyen personally. Never mind that the heads of all four major party groups in the European Parliament penned a letter to the Commission imploring it not to give in to Orbán's extortion. Forget all that: on the very same day that the Commission disbursed the funds, the Hungarian Parliament mimicked Russia's foreign agents law by passing a chilling "Sovereignty Protection Act" empowering the government to investigate and jail anyone accused of being a "foreign agent" while eschewing judicial review. On the very same day that the Commission congratulated itself for helping restore judicial independence and fundamental rights in Hungary, Orbán made it clear that the emperor has no clothes.

This is not the first time that the Council and Commission have thrown the rule of law under the bus, but it is by far the most egregious betrayal yet. Some EU leaders and commentators are now openly putting a price on the rule of law and lauding that the EU got off cheap. Forget that giving into extortion only empowers the extorter. Forget that Orbán grew up in the EU and has been forged by the EU, which has been deplorably willing to subsidize and legitimate his autocratic machinations. Forget that Orbán is cultivating a growing cohort of allies in EU circles and remains useful to some EU leaders, who hide behind the *enfant terrible* to mask their private opposition to EU policies – including Ukraine's aspirations of EU membership. If this week is to be remembered as a triumph, there is a lot of forgetting to be had.

A Price Worth Paying?

The truth is that EU leaders find themselves in a bind of their own creation, but they are hardly powerless to overcome the faustian bargain they've just struck. The tools are there. EUCO could neutralize Orbán's veto and provide aid to Ukraine via coordinated bilateral agreements and the enhanced cooperation procedure under Article 20 TEU. Better yet, the EU26 could vote to remove Orbán's voting rights via the Article 7 TEU procedure and – snap! – no more blackmail. The Commission could heed the European Parliament for once and immediately reassess the state of judicial independence and fundamental rights in Hungary to then claw back the €10bn that Orbán extorted. In this game of chicken, EU leaders hold all the cards – if they choose to play them.

Alas, twelve years into the EU's rule of law crisis, this week has demonstrated that EU leaders are still unwilling to confront their own complicity in Orbán's rise and to do something about it. Is this sad spectacle a price worth paying in exchange for a symbolic gesture of goodwill to Ukraine? That is the wrong question to ask. The right question to ask is this: if the EU continues to treat the rule of law as a bargaining chip and to make promises it won't keep, for how much longer will our Union remain a club worth joining?

Dora Hegedus

Same, Same but Different?

The Pitfalls in Unfreezing EU Funds

doi: 10.17176/20231222-111130-0

On the morning of 14th December there was not a single EU-focused media platform, which would have failed to report on the Commission's yet again landmark decision to authorise the unblocking of cohesion funds earmarked to Hungary. Hence a sizable sum, €10.2 billion will be at the disposal of the often-criticised member state to claim reimbursements. The decision came in the immediate prelude to the eagerly anticipated European Council meeting of 14-15th December 2023, supposedly as a beacon for the Hungarian Prime Minister to soften his position on Ukraine and to avoid Hungary's veto.

The Commission's decision to release a significant amount of EU money is a testament to some serious pitfalls in the mechanism, which governs the unblocking of frozen EU funds. To recall, Hungary's endowments are blocked via two different channels, based on two different conditionality criteria, which have some overlapping points. Both prescribe reforms to preserve the independence of the judiciary, which according to the Commission's justification has been successfully accomplished by Hungary. The Commission has, however, never published a detailed plan that would attach a specific amount to be released to every sufficiently satisfied conditionality criterion. In this blog post, I showcase that the overlap between the two conditionality mechanisms and the absence of a robust ex-ante blueprint for releasing frozen funds make the unblocking process highly obscure. This lack of transparency both decreases the efficiency and robustness of conditionality, and increases the tendency for inter-institutional conflicts.

Two (Different) Conditionality Mechanisms

Hungary's access to a considerable chunk of EU funds was blocked pursuant to two December 2022 decisions, on the basis of two different conditionality instruments which possess different aims and implementation mechanisms.

Starting with the 'general regime of conditionality for the protection of the Union budget' also dubbed as the rule of law conditionality mechanism, the consultative phase of the instrument was triggered by the Commission on 27 April 2022. Following a necessary back and forth between the two negotiating sides, documented in the recital section of the Council implementing decision of 15 December 2022, the relevant Hungarian authorities adopted 17 remedial measures to avoid the freezing of funds. These attempts were, however, deemed insufficient, which led to the Commission's suggestion to the Council to stop channelling the country's Resilience and Recovery Fund (RRF) (€6.3 billion) until appropriate guarantees of protecting the EU's budget were in place.

Notably, the rule of law conditionality mechanism cannot be triggered unless a sufficient link between rule of law breaches and the violation of the EU's budget has been established. Therefore, both the remedial measures and the 27 super milestones proposed by the Commission as conditions to be achieved, are largely focussed on improving budgetary control such as auditing and anti-corruption safeguards, reducing single participant public tenders, and setting up an Integrity Authority to "reinforce the prevention, detection and correction of fraud". At first sight the implementation of the novel rule of law conditionality mechanism gives the impression that the tool is a refined complementary to the cohesion fund conditionality. While the former focuses more succinctly on reducing corruption and improving the handling of EU money, the latter extends to ensuring compliance with the EU Charter of Fundamental Rights and hence respecting the fundamental values of the Union, including the rule of law.

However, some overlaps between the two still exist. Reforms pertaining to restore judicial independence were demanded both as concrete measures among the 27 super milestones and as fundamental tenets in Hungary's Recovery and Resilience Plan (RRP). Hence, they were among the key linchpin of activating the novel rule of law conditionality instrument. Judicial autonomy was, however, also the central motivating concern for the Commission's decision on 22 December 2022 to suspend the financing

of Hungary's programmes under the cohesion policy, the maritime and fisheries, and home affairs funds (€21.9 billion).

In practice, the Council's implementing decision under the rule of law conditionality mechanism and the Commission's decision under the cohesion fund conditionality mechanism both list the same issues with Hungary's judiciary and justify the suspension of different channels of funding with an overlapping wording. Problems related to the Hungarian Supreme Court (Kúria), the Constitutional Court, the curtailed powers of the National Judicial Council and the over-stretching authority of the National Office for the Judiciary all come up in both documents as issues to be resolved by the relevant Hungarian authorities.

However, the Commission's decision to suspend cohesion funds also demands that Hungary adhere to all four horizontal enabling conditions codified under Regulation 2021/1060. Consequently, the Commission's decision raised a list of other issues beyond judicial independence, including Hungary's so-called child-protection law, abuses of academic freedom and the rights to seek asylum in the country's territory.

Why is the Unblocking Process Problematic?

Even though judicial independence is a key pillar of well-functioning democracies, and reiterating its importance could be useful, its invocation by both conditionality mechanisms is a source of confusion. The latest review of the Commission that facilitated the release of €10.2 billion worth of cohesion funds to Hungary claims that the country managed to address some of the above mentioned deficiencies in its judiciary system. If true, Hungary has thereby accomplished the partial implementation of both the 27 super milestones, as well as the horizontal enabling conditions due to the congruence between the two criteria. This begs the following questions: If one fund (RRF) is not released due to the partial fulfilment of the relevant conditionality, why should the other, the cohesion fund, be released if it's equally subject to mere partial completion? Alternatively, why shouldn't the EU release a smaller amount of both funds for greater transparency and accountability if Hungary apparently made steps forward in both regards? Lastly, why has the Commission failed to draw up a detailed ex-ante agenda, which would rank milestones or enabling conditions according to importance and would attach to each satisfied item an exact amount of funding due to be unblocked?

Since Hungary simultaneously accomplished only the partial fulfilment of both conditionality mechanisms via the same reform attempts, it remains entirely unclear on what basis the Commission decided how much money gets unblocked and via which channel of funding. In particular, it is highly obscure why the cohesion, maritime and fisheries, and home affairs funds were incrementally given the green light, while the RRF continues to be fully withheld. It is equally unclear how the exact amount to be released was determined. These uncertainties and ambiguous black boxes in the decision-making process to unblock funds, together with the particular timing of the decision convey the impression that the Commission indeed gave in to blackmailing. It is thus unsurprising that the EP was quick to label the decision as a "serious mistake". Rumours have already been circulating in the media well before 13th December about a possible EP veto of von der Leyen's nomination as Commission President for a second term, should the institution give in to Hungary's demands presumably without due scrutiny of its reform attempts. Even if the Commission's review process was thorough enough, the lack of transparency and proper accountability understandably propels doubts about the Commission's integrity, and fuels inter-institutional rifts.

How to Improve Conditionality

As long as some secondary legislation remains subject to a unanimity vote, issue linkage and political games will likely resurface time and time again. In late 2020, it was the Multiannual Financial Framework and the own resources regulation– both subject to unanimity- which induced problems. Issue linkage delayed the implementation of the rule of law mechanism, as Hungary and Poland threatened with a veto unless concessions were granted to them [p.265]. Thus, the Commission was compelled to wait for the Court of Justice's decision on Hungary's and Poland's request for annulment, and was requested to formulate detailed implementation guidelines before initiating the process. More recently, headlines were dominated by Hungary's alleged gamble to get hold of its funds in exchange for giving the green light to initiating Ukraine's EU membership talks, and adopting a new aid package to the war-torn country. Orbán abstained at the first vote, but vetoed the EU's plan to aid Ukraine.

While political games cannot be completely eradica-

ted, tensions, especially in the latter case, could have been reduced by improving conditionality. It is admittedly difficult to quantify qualitative changes, and maybe it is also normatively undesirable to put a price tag on judicial independence. However, a detailed, predetermined agenda of gradually releasing funds in return for the completion of well-defined reforms would ensure greater transparency and accountability. It could perhaps also reduce the kind of inter-institutional tensions between the EP and the Commission, mentioned above. Moreover, it might also increase the Commission's credentials for being less susceptible to blackmailing.

Conclusion

Despite the above criticism, the EU's efforts to tackle its internal rule of law crisis, after years of idling and inaction due to the structural weakness of Article 7, should be welcomed. Real attempts have been made both within the framework of the rule of law conditionality mechanism and the horizontal budget conditionality regime to address rule of law backsliding. Furthermore, the Commission dutifully carries out vital monitoring in the framework of 3-month reviews and other novel instruments like the annual rule of law country reports. Hence, safeguards to guarantee transparency when implementing conditionality with regards to the rule of law do exist. Nonetheless, the efficiency of conditionality mechanisms could be improved, especially when it comes to the unblocking of frozen funds. To this end, overlaps between different instruments should be eschewed, conditionality criteria should be neatly delineated, and a more transparent, more comprehensive unblocking plan should be presented ex-ante.

András Sajó

Militant Rule of Law

doi: 10.17176/20231221-111256-0

Recall the words of Odilon Barrot, Prime Minister under President Napoleon in 1849: *La légalité nous tue* (Legality kills us). Once again, this comes true. Or, at least, it is paralyzing the rule of law and those who would like to stand up against arbitrariness. In 1849 the statement was made to justify exceptional measures against extremists. In December 2023 the EU Commission decided to unfreeze about 10 billion Euro to Hungary, being (perhaps) convinced that Hungary has satisfied the rule of law requirements of the conditionality mechanism, because this was dictated by the rule of law: "We could keep freezing the funds, but then we would be bending the rule of law", as an official has stated. The conditionality conditions regarding the administration of justice seem to be cosmetic interventions by design, without significant impact on the distortions accumulated in more than a decade.

The rule of law is "an unqualified human good." But the rule of law can be easily highjacked and turned into rule by law; it is also a technique of those who grabbed state power lawfully to impose their will in a seemingly legitimate manner. Moreover, it is often self-defeating or unable to provide guidance especially where political and politicized actors would like to abuse the legal loopholes (see the paralysis regarding the Spanish Constitutional Court, the Supreme Court and the Council for the Judiciary). In the monthly Rule of Law nonsense competition the birthplace of the rule of law deserves honorable mention: the United Kingdom. "Unfortunately, altering the Ulez scheme for the purpose of exporting vehicles to Ukraine is not possible within the current limits of the GLA [Greater London Authority] Act." (Ulez is a project to help clear *London*'s air.) The export, badly needed for Ukraine, could "not go ahead as it did not meet the "legal threshold" that requires the scheme to benefit Londoners from an "economic, social and environmental perspective"."

To use Raz's paradigm: rule of law based norms are like a sharp knife. The cutting capacity of the knife that matters. But knives are dangerous: in the hands of knaves they become the assassins' choice, and in the hands of children a threat to children's well-being. Here are a few examples of the December harvest of rule of law self-destruction:

- The Thuringia Project indicates that a mechanical application of the laws in the spirit of legality will help sinister political forces in Germany in their democratic journey to power at least at *Land* level.
- In the US doomsday scenarios of a second Trump presidency indicate the vulnerabilities of the legal system in a great democracy. This is largely the result of complicit decades of extension of imperial presidential power.
- 48 hours before the new (hopefully) anti-populist Polish government took the oath the Polish Constitutional Tribunal, relying on the Constitution, held the 2023 amendment of the Supreme Court Act unconstitutional. Thus the Tribunal blocked the reform requested by the EU on the basis of CJEU judgments which found the Disciplinary Chamber not to satisfy the requirements of a court established by law, given the appointment of the members of the Chamber. Unless a lawful solution is found (including the possibility of dismissing the Tribunal, a no-go from the perspective of a narrow understanding of irremovability) Poland will be forced to continue to pay a hefty fine and live in the limbo of a non-EU-conform state. Theoretically all legislation could be constitutionally paralyzed. Before the end of the same week the Tribunal issued a (hotly contested) interim measure to prevent planned changes in the management of the fully politicized, pro PiS public broadcaster.

Respect of the rule of law apparently blocks measures to restore the rule of law, at least in the eyes of those who follow the adage of the Hungarian Constitutional Court facing a statute of limitation issue in the context of calling to account perpetrators of state crimes under communism: "the rule of law cannot be built in violation

of the rule of law". Another situation where "legality kills us".

Legal Theory's Shortcomings

The cobblestones of the road to despotism are made of porous rule of law bricks. A simplistic understanding of the rule of law common to definitely not simple minded lawyers and politicians paralyses action against the future usurpers. For the same reason action against illiberal democracies is declared illegal or impossible (see the futility of the EU conditionality mechanism, aggravated by political compromise). Such attitudes become the tool of illiberal power consolidation (see rule by law in Hungary or in Venezuela under Chavez). Undoing the illiberal regime once the political opportunity emerges becomes suspect at best.

Legal theory is short of an answer and interest that would counter this self-incapacitating tendency of the rule of law. Perverted legal systems are neglected. It is believed that a) this can't happen here; or b) once democracy returns there will be proper correction through ordinary legislation and court activity. But evil law is a fact of life and most legal systems are imperfect even if not evil but bad enough. This lack of interest is exemplified by Dworkin, who was of the view that "the puzzle of evil law" is of "almost no practical importance" because judges will disregard it. Legal theories discuss models of countries which are in "reasonably good working order". Joseph Raz discounts the relevance of imperfect legal orders: "Since the claim [of laws having authority] is made by legal officials wherever a legal system is in force, the possibility that it is normally insincere or based on a conceptual mistake is ruled out." (Resistance to evil remains possible, even appropriate but only on moral grounds.)

The real world of legal imperfections, abused by sinister political forces, necessitates a rule of law based theory and action plan that satisfies the demands of legal positivism. One could of course rely on public morals to mobilize against evil legal systems which, according to Radbruch, are void because they contradict supra-statutory law. But judges are not socialized to become moral arbitrators, and even less moral heroes. As to society: a considerable number of citizens of plebiscitary leader democracies do not find the legalized turpitude morally troubling and don't resent the abuse of the rule of law. It is the legal profession (eminently, but not exclusively, judges) that is called to uphold the rule of law: this is the tradition and culture they are inculcated to observe, and this is what gives them legitimacy, authority and self-confidence – and protection. The legal profession cherishes legality. Most lawyers believe that properly enacted laws and precedents are valid and therefore legally binding. Legality is crucial to temper state arbitrariness, but a self-blinding respect of anything coming from the official gazette comes at a price.

To protect the rule of law based legal system against abusive use of the loopholes, imperfections, contradictions of the law, to avoid legal inertia legal positivist arguments are needed to convince and mobilize the legal mind. The same applies when the blind fortune of democracy provides the opportunity to erase the legally enthroned injustice and domination of illiberal regimes. When it comes to legal enactments that serve legal cheating the rule of law must respond to systemic abuse of the law and that requires and justifies a rule of law based exceptionalism and a systemic remedy.

An Exception to Confirm the Rule

This is why we need a militant rule of law. The term refers to the aggressive use of tried-and-tested rule of law standards and rules tailored to specific circumstances. Militant rule of law allows for exceptions to the rule of law which are already recognized in rule of law standards and a principled reinterpretation of rule of law precepts. When it comes to reliance on the recognized exceptions of the rule of law, it is vital that these exceptions be temporary, subject to proportionality and independent control.

Militancy applies both to preventive and restorative situations. Preventive militant rule of law presupposes a systematic revision of the existing institutional and doctrinal arrangements of the legal order and the abuse-restrictive application of rule of law doctrines in a proactive way.

Militant rule of law is to some extent comparable to militant democracy. However, militant democracy limits certain fundamental rights in order to preserve democracy against forces that aim to obtain control through democratic means, only to then permanently destroy democracy itself. In the case of the rule of law, militancy in most respects remains within the confines of accepted standards. Militant rule of law – unlike militant democracy in certain scenarios – does not contradict the fundamental principles of what it seeks to protect.

For illiberal democracies in the European Union, the

name of the game is still "rule of law". The rulers themselves are "partial prisoners of the law's rhetoric, the law inhibiting the actions of the rulers." The authorities continue to purport to observe the rule of law, or at least a version to their liking and making.

In a belated, rather timid and often contradictory way transnational European courts move in the direction of militant rule of law. The ECtHR found a workaround to the sacrosanct principle of judicial irremovability stating that a court with the participation of unlawfully appointed judges does not satisfy the requirements of a tribunal established by law. Removal of judges appointed on the basis of a law that disregards judicial independence satisfies the rule of law. The CJEU found that judicial impartiality is an enforceable norm of the Treaty (though sometimes "non-judges" are treated as judges). Moreover, it has innovatively "found" a principle of non-regression that prohibits EU member states to regress in their laws on the organization of justice.

Of course, where the rule of law is sacrificed to bureaucratic inertia and political deals (as it happens in the case of Hungarian conditionality horse trading) rule of law will be compromised. Moreover, the international courts will legitimize populist despotism in case they continue to uphold national idiosyncrasies (aka "constitutional identity") which restrict fundamental rights departing from European consensus and accepted solutions of the rule of law. It is vital for militant (or any) defense of the rule of law status quo that international (and constitutional) courts be aware of the ripple effect of their more lenient (aka "deferential") or delayed judgments.

There are many rules and maxims of the rule of law that can be mobilized in a militant concept, such as legislative intent analysis and the robust application of reasonableness review applied to laws even outside fundamental rights. These would enable the positivist lawyer and judge to stand up against illicit legislative intention resulting in unreasonable decisions (as cheating in the law inevitably leads to non-sense and arbitrary decisions).

Important as trust is, abandoning the presumption of legislative good faith is not contrary to the rule of law. Bad faith is the normal assumption when the systemic abuse of the law is demonstrated. It is a recognized principle of law (see Art. 18 of the European Convention on Human Rights) that restrictions of rights shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed. A militant understanding of this principle extends it to all areas of law.

Another militant concept is the anti-formalistic understanding of legal validity. A law that is enacted formally correctly is not necessarily valid even according to many legal positivists adhering to the source theory, as long as the prevailing assumption in the legal community contains expectations regarding the rule of law being part of the rule of law.

Judges have considerable interpretive possibilities within the rule of law, and there is nothing in legal positivism that would preclude a militant use of such possibilities. After all, illiberal democracies mandate at the level of their constitutions respect of the rule of law. (In self-referential constitutional tradition many constitutions declare that the state is a *Rechtsstaat*. Le *Rechtsstaat* c'est moi. Well, if they say so…)

Militant rule of law cannot accept the *Befehl ist Befehl* tradition in the name of academic value neutrality. "The man has been trained for the rules of the game but the game has been changed so what now is the man." We should not wait for the gamechanger.

Pekka Pohjankoski

A Borderline Case

When National Security and the Right to Asylum Conflict

doi: 10.17176/20231204-141716-0

On 28 November 2023, Finland decided to close all its land border crossing stations to Russia. This was done pursuant to a still-recent amendment to the Border Guard Act, from 2022, which permits closing the border in case a foreign power instrumentalizes migrants in relation to Finland's territory. Russia's apparent instrumentalization of migrants at the Finnish border adds a geopolitical dimension to the complex legal questions surrounding 'conventional' mass immigration, familiar from the past decade notably from the European Union's (EU) southern border in the Mediterranean. That a foreign power, which conducts war elsewhere in Europe, directly engages in unfriendly acts against the EU's (as well as NATO's) eastern flank highlights the issues of national security involved.

As of early November, Russian actors have reportedly facilitated the offer of 'travel packages', advertised especially in Arabic-language social media channels, for migrants to acquire visas, transportation and vehicles to access the Finnish border through Russia. Since then, an uptick in arrivals has been recorded. Although outside temperatures have plummeted, increasing numbers of 'not suitably dressed' migrants have appeared even beyond the Arctic Circle. In November, in total more than 900 asylum seekers arrived at Finland's eastern border. Close to the checkpoint, the migrants have reportedly been given a bicycle, pointed towards the border, and exhorted not to turn back (see migrant interviews here). Comparable unfriendly acts of instrumentalization of migrants are, of course, familiar from the Polish, Latvian, and Lithuanian border area with Belarus since 2021.

While national security concerns run high, migrants are caught in the middle. The goal of the Finnish Government's most recent action is, in the words of the Interior Minister, to send a clear message to potential migrants around the world: 'don't come — the border is closed'. At the same time, the people flow largely depends on facilitation by Russian authorities (the latter officially deny any involvement). The situation is part of a broader European dilemma but presents certain idiosyncracies. How is an EU Member State such as Finland, respectful of the rule of law, to respond to such unfriendly acts which instrumentalize the vulnerable position of asylum seekers whose rights must, in principle, be observed at all times? This brief post addresses some of the legal issues involved in the currently unfolding situation.

Justifying Full Closure

While the European Union's (EU) legislative response to the Belarusian instrumentalization of migrants in 2021 has yet to produce binding norms, Finland has concurrently pursued its own national legislation in this field. A proposal to amend the Border Guard Act resulted in hotly debated new powers for the government in 2022. Under Section 16, as amended, the government may, where it is 'established or with reason suspected that immigration occurs due to the influence of a foreign power or other operator', restrict the places where international protection can be sought to a limited number of border checkpoints. The rationale was to equip the government to respond to future threats involving instrumentalized migratory flows and, in particular, to prevent that a foreign power could de facto trigger a state of emergency in Finland because sufficient powers would not exist in regular legislation.

The most contested aspect of the amendment was its potential impact on the affected migrants' right to seek asylum. The principle of non-refoulement is enshrined in Section 9 of the Constitution of Finland as well as in EU law and in Finland's international commitments. The Constitutional Committee of the Finnish Parliament, which systematically engages in ex ante constitutional review of parliamentary acts, underlined in its opinion (37/2022) that the use of the new powers must not result in a violation of this principle. At the same time, the Committee greenlighted the amendment noting that, in the case of instrumentalized migratory flows, a *comple-*

te closure of the border could exceptionally be possible, provided this would be limited in time to only what is absolutely necessary [para 30].

Relying on this amendment, the Decision of 28 November 2023 closes all land border checkpoints between Finland and Russia for a period of two weeks (air and sea borders remain unaffected). According to the Decision, the phenomenon of instrumentalized migration and its potential escalation may lead, among other factors, to the uncontrolled entry of persons with links to war crimes and even soldiers posing as civilians and, in any event, to widespread insecurity in society. Particularly interesting, for present purposes, is the extensive legal assessment contained in the annexed Memorandum. It openly acknowledges that the measures may be 'in tension' with EU law but nonetheless concludes that no directly controlling case law exists. Thus, in light of the highly exceptional situation at hand, the government suggests that 'circumscribed and precise, indispensable and proportionate limitations' to the right to seek asylum are 'justified and at least de facto and in practice acceptable' [p. 20].

When Balancing is Not Enough: On National Security and Non-Refoulement

The instrumentalization of migrant flows remains uncharted legal territory. The potential constitutional difficulties it creates are however clear as the light of day. A total land border closure implies a tension between the State's asserted prerogative to ensure national security and the human right to seek asylum. While Finland has a sovereign prerogative to control aliens' entry into its territory subject to its international obligations (see eg ECtHR, *Saadi v UK*, § 64), and even an obligation to protect the EU borders and to ensure the safety of its own inhabitants (see eg Schengen Border Code Art 13; EU Charter of Fundamental Rights Art 6), it must particularly not impinge on migrants' right to seek asylum in a way which would violate the principle of non-refoulement (see on the various sources regarding the concept eg here).

For lawyers, the concept of instrumentalized migration presents a thorny prospect. A classic 'balancing' exercise in constitutional law, whereby two non-absolute rights are weighed against each other to achieve the desirable outcome, does not resolve the dilemma here. In fact, the tension between the State's prerogative to attend to genuine national security concerns and the migrants' non-derogable right to non-refoulement arguably cannot be framed in the terms of 'balancing'. On the one hand, due to its non-derogable nature, non-refoulement precludes balancing as a legal matter; on the other hand, States consider their core national security prerogatives existential.

Changing Contexts and Stagnant Legal Regimes

Yet, as the situation on Finland's eastern border demonstrates, law must provide a satisfactory solution to address the tension. It is possible to begin approaching the problem by acknowledging that much of the existing asylum law has evolved in a context fundamentally different from that of instrumentalized migration. The principle of non-refoulement has been amply fleshed out in the law of mass migration which is 'conventional.' By this, I mean that ordinarily migratory flows are not directly facilitated as a policy instrument by a foreign power (see eg ECtHR *ND and NT v Spain* and *Hirsi Jamaa and Others v Italy*), even though governmental action is often indirectly the cause of migration. However, in the context of directly instrumentalized migration, the threat to national security is not primarily linked to immigration per se but above all to the deliberate conduct of a foreign power.

The problem also partly resides in the inter-State structure of classic public international law. Russia should, ideally, be held internationally responsible for its instrumentalization of migrants and for its intervention directed at Finland's borders. However, enforcing that responsibility, even if feasible, can do little to help migrants. Finland may be, as a matter of international law, justified in taking countermeasures, such as a border closure, against the Russian State, while the instrumentalization of migrants continues (see eg Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, p. 130). Yet, this may indeed only exacerbate the plight of migrants who are forced towards the border area. Whether instrumentalized migration can serve as additional grounds for further EU sanctions against Russia remains to be seen. Even so, such measures are unlikely to directly afford relief to the migrants affected by the situation.

The EU's Standard of Legality in Cases of Instrumentalization

As for the legality of Finland's actions, the most salient consideration is their compatibility with EU law. Indeed, the closest nexus for evaluating the legality of the government's present action is found in the Court of Justice's judgment in Case C-72/22 PPU. The ruling established that, even in the context of instrumentalized migration by Belarus, Lithuania could not deprive migrants of the right to seek asylum on the ground that they had crossed the national border illegally. Two points are significant. First, the discretion available to Member States to determine, under Article 6 of the Procedures Directive 2013/32, where applications for asylum are to be lodged cannot be exercised so as to practically prevent third-country nationals from lodging them (see para 65). Second, Article 72 TFEU, which provides for a derogation from the Union's asylum rules particularly on grounds of 'safeguarding of internal security', requires, at the very least, specific reasons detailing the security threat going beyond the mere reliance on the general responsibilities of the Member State in this regard.

This post will not definitively assess whether Finland's action is in all respects compatible with EU law. However, there are significant differences between the Lithuanian and Finnish situations. In Lithuania, the applicable rules were those of a state of emergency and resulted in a far-reaching denial of the right to seek asylum in Lithuania as regards illegally staying third-country nationals (see C-72/22 PPU, paras 24 and 27). By contrast, Finland's closure of the eastern border relies on the Border Guard Act. The provisions of the latter have been specifically crafted in view of 'instrumentalized migration' and include certain procedural and substantive safeguards, including for vulnerable persons. In addition, the border closure, as currently envisaged, is very limited in time. However, the closure by nature makes seeking asylum in Finland more difficult, if not impossible, for persons arriving by land. A full assessment inevitably depends on how the situation on the border will develop in the future.

Upholding Legality in the Face of Illegality

Instrumentalized migration poses a particularly thorny legal dilemma since the phenomenon finds its root cause in the breach of various legal rules by the State engaged in such instrumentalization. For the affected State, it is a situation of 'damned if you do; damned if you don't'. Indeed, by preventing such migration, it is not easy to rule out all potential violations of non-refoulement; yet, if no measures are taken to prevent escalation, the genuine threats to national security may materialize. What is clear is that the problem is unlikely to be resolved by mere law.

That said, it is fundamental that States such as Finland, which find themselves having to address the phenomenon of instrumentalized migration, do so with openness about their legal obligations. These pertain both to national security and the human rights of the migrants whose lives are abusively used as pawns in the foreign policy gamble of an irresponsible foreign actor. In the meantime, while the moral blame of the situation lies with the perpetrator, Finland, and thus the EU, has a very practical problem in its hands as long as the situation persists.

Germán M. Teruel Lozano

Rule of Law Eroded

Unpacking the Catalan Amnesty Law

doi: 10.17176/20231207-133717-0

Spain is going through turbulent times, marked by a strong political polarization and an increasingly evident decline in the rule of law due to the partisan takeover of institutions. This situation has been exacerbated by President Sánchez's investiture agreements with pro-independence parties, particularly Junts, led by the fugitive Puigdemont, who spearheaded the Catalan secessionist insurrection in the autumn of 2017. In compliance with this investiture pact, the Spanish Socialist Party has already introduced a draft bill in the Spanish Parliament to grant amnesty for crimes committed in connection with secessionist efforts, including, among others, misappropriation of public funds, prevarication, and attacks against authority.

The agreement also calls for the establishment of parliamentary investigation commissions to examine instances of "lawfare", potentially leading to actions against judges or legislative amendments. The use of the term "lawfare" implies an assertion that there have been cases of judicial persecution for political reasons in Spain in relation to the events of the Catalan process. This particular part of the agreement has been unanimously rejected by all the associations of judges and public prosecutors, both progressive and conservative, the majority of the General Council of the Judiciary, many governing chambers of the Spanish courts, most state senior civil servant associations, and hundreds of Spanish jurists (see here). They view it as an unprecedented interference in judicial independence in Spain.

The purpose of this analysis is limited to the constitutional debate that has arisen in Spain regarding the constraints on the legislator in a democratic state under the rule of law in relation to the proposed amnesty for the Catalan process. I argue that the amnesty, as it currently stands, violates both the Spanish Constitution and basic tenets of the rule of law.

The Place of Amnesty in Spanish Law

It is not disputed that various forms of pardon or amnesty can be utilized in a democratic state, with notable examples found in European countries. However, it is important to differentiate: on the one hand, there are pardons justified on criminal-policy grounds, usually for minor offenses (such as the recent pardon granted to young offenders in Portugal in 2023 during the World Youth Day), or as part of reforms to an outdated Penal Code, which have a less problematic constitutional fit. On the other hand, there are "political" amnesties, which grant impunity even for serious crimes in response to a particular context (such as processes of political transition or decolonization, or to overcome armed conflicts or situations of serious social and political breakdown).

These political amnesties must be conceived as a highly "exceptional" instrument (Spanish Constitutional Court Judgement n. 147/1986 and, more in general, see the Recommendation CM/Rc (2010)12, § 17 and the Venice Commission Opinion n. 710/2012). Ideally, there should be explicit constitutional authorization to grant them, given that this is an exorbitant power of Parliament, very different from the ordinary legislative power. Furthermore, qualified majorities should be required for their adoption. For instance, Italy, after a controversial use of clemency instruments, amended its Constitution in 1992 to require approval by a 2/3 majority of each of the parliamentary chambers.

Moreover, there are certain crimes that cannot be amnestied. In accordance with international law, amnesties cannot cover war crimes or crimes against humanity, torture or serious human rights violations (e.g., ECHR (Grand Chamber) of 27 May 2014, Marguš v. Croatia). However, a democratic rule of law must go further to avoid spaces of impunity: "Amnesty laws adopted by parliament have to comply with the rule of law principles of legality, prohibition of arbitrariness as well as non-discrimination before the law" (Venice Comission Opin-

(ion n. 710/212, 11 March 2013). This is why it has been problematic when amnesties have been granted to "political prisoners" in Georgia, defined with no clear criteria. Likewise, self-amnesties that seek impunity for those who hold political power for abuses committed in the exercise of their positions should raise concerns. This was the case in Romania in 2019, which triggered alarm bells in Europe when it was proposed to amnesty corruption offenses affecting political leaders in the country. Recently, the UK Parliament has adopted an amnesty law over Northern Ireland Troubles which has been widely criticised by human rights and victims' associations.

Within this framework, the analysis of the amnesty proposal for the crimes of the Catalan process should address two key questions: What is the constitutional fit of the amnesty in Spain? And, would it be democratically legitimate for Parliament to approve this amnesty under the current circumstances?

Regarding the first question, it is worth noting that the Spanish Constitution does not provide for this mechanism. It prohibits the granting of "general pardons", and the constituent Parliament rejected two amendments proposing the introduction of amnesties in the Constitution. Both arguments have led most scholars to conclude that amnesty does not fit within the Spanish constitutional system. The most recent amnesty in Spain was that of 1977 during the Transition, which is pre-constitutional. Subsequently, some so-called tax amnesties were approved, which are not real amnesties but special tax regularizations. Additionally, the 1995 Criminal Code included the singular pardon, which is constitutionally permitted, as a cause for exemption from liability, but not amnesties.

However, some academics argue that the rejection of the amendments by the constituent Parliament does not imply the unconstitutionality of this instrument because the constituent Parliament could have expressly excluded an amnesty, as it did with general pardons. They believe that Parliament has broad discretion regarding what is not prohibited by the Constitution. This is the logic on which the Explanatory Memorandum of the bill is based.

Lacking Legitimacy

While I hesitate to argue that an amnesty does not fit in *any* case and under any circumstances in the 1978 Constitution, I do believe that there is a strong presumption of unconstitutionality because, as I have pointed out, amnesty is a special law that profoundly impacts the principles that uphold the rule of law. Moreover, I believe that any constitutional analysis should also consider the democratic process and whether a genuine political consensus has been achieved. If, in the face of a serious political crisis in Spain, a very large parliamentary majority had decided to respond by granting an amnesty, the constitutionality of the amnesty would have been less debated. However, the amnesty for the Catalan secession process not only has a shaky constitutional foundation but is also democratically problematic.

In this regard, it should be noted that amnesty was not included in the electoral program of any national party. Prominent ministers and President Sanchez himself, even a few days before the elections of July 23, clearly rejected amnesty. Furthermore, the report that accompanied the granting of pardons to those convicted of the Catalan process, signed by the then Minister of Justice of the Socialist Government and now constitutional justice, also states that an amnesty would not be constitutional. In addition, in March 2023, the Bureau of the Congress of Deputies, presided over by a socialist and supported by a report of the law clerks of the Congress, rejected an amnesty draft bill proposed by the pro-independence groups, considering it unconstitutional. To make matters worse, the Law, if approved, will have 173 votes against and just 177 in favor in the Congress; a large absolute majority vote against in the Senate (which can be overcome later by the Congress); and the opposition of at least eleven regional presidents (out of seventeen), several of whom have already announced that they will challenge the constitutionality of the measure. In the current circumstances, as expressed by Professor Cruz Villalón, former President of the Spanish Constitutional Court, "the current Spanish Parliament lacks the legitimacy to enact a political amnesty" (here).

Undermining Separation of Powers

An additional problem arises because the Catalan conflict, although its most intense phase took place in 2017, is still very much alive. We are not dealing with events that are firmly in our political past. The leaders of the Catalan process continue to assert the legitimacy of their illegal acts of secession and have been implementing policies in Catalonia for decades that have divided Catalan society. In response to this, the amnesty law does not include any safeguard clause in case the beneficiaries were to reoffend or promote secession yet again.

Above all, these are events that have been or are still being adjudicated by Spanish courts. Any amnesty law impacts the principle of equality before the law. In this case, separation of powers and the principle of the reservation of jurisdiction are intensely compromised, since Spanish courts are being prevented from fulfilling their function. The law is drafted defensively against the judiciary. For example, the law anticipates that all precautionary measures imposed on the amnestied individuals will be lifted, "even when the filing of an action or a question of unconstitutionality against the present law takes place". In an attempt to prevent Spanish judges from posing preliminary questions to the CJEU, the law expressly excludes conducts that affect the "financial interests of the EU" from its scope. This nullifies a potential point of connection with EU law that could have justified intervention from Luxembourg for review. This is certainly disconcerting: if the financial interests of the State have been affected, impunity is guaranteed; but if the European ones are affected, punishment is posible.

Furthermore, the constitutionality of this amnesty law, once approved, will be decided by a Constitutional Court, whose credibility is at its lowest due to its high politicization, with recent appointees, having not been chosen for their professional prestige, but for their links with the parties that appointed them. In fact, in recent years most of the decisions adopted by the Constitutional Court in politically sensitive cases have reproduced the 7-4 majority, divided into two ideologically aligned blocks. The problem of political colonization of counterbalance bodies has been very serious in Spain for years and the dynamics are becoming increasingly perverse. The amnesty law could be included in an anthology of how the potential checks on the Government have been dismantled, piece by piece.

It should also be noted that this amnesty would cover not only serious crimes, but also administrative and accounting responsibilities. This spans a time frame that goes from 2012 to the end of 2023. We must remember that all these criminal cases and liabilities fall on political leaders not for defending a program or ideas, but for placing themselves, as the Constitutional Court ruled, "completely outside the law..., entering into an unacceptable de facto path" (Judgment n. 114/2017). This secessionist drift is especially reprehensible because the Spanish Constitutional Court, much more generous than others – such as the German (2 BvR 349/16), the Italian (118/2015, 29/04), or the US Supreme Court (Texas v. White, 74 US 700 (1968))-, offered a democratic way to channel the pro-independence demands: the reform of the Constitution. The Catalan Parliament could have approved a proposal for constitutional reform with its aspirations for self-determination, but the pro-independence leaders preferred the now amnestied unilateral breakup.

Lastly, we must remember that this law will be passed thanks to the vote of the MPs of the parties whose leaders will benefit from the amnesty, making it a sort of self-amnesty. It will leave unpunished officials and authorities who diverted public money and issued resolutions knowing their illegality.

On a Slippery Slope

For all these reasons, my conclusion is that the amnesty for the Catalan process is not compatible with the Spanish Constitution and the fundamental tenets of a democratic rule of law: it represents a serious breach of the principle of equality before the law and does not have the consensus that we owe to a law of quasi-constitutional value. Moreover, in light of the specific circumstances, it represents a dangerous interference in judicial independence, and this amnesty bill essentially amounts to a law of impunity in exchange for political power. This amnesty is unprecedented in European democracies and places Spain on a very slippery slope. What other political circumstances could justify a "sovereign act" of Parliament to establish the impunity of the partners of a Government?

Nathan Genicot

To Score Is to Decide

About the SCHUFA case

doi: 10.17176/20231215-111206-0

Can the act of assigning a *score* to someone constitute a *decision*? This, in essence, is the question the Court of Justice of the European Union (CJEU) had to answer in Case C-634/21. And the Court's answer is yes, following in the footsteps of the Advocate General's opinion on the case. Rendered on 7 December, this ruling was eagerly awaited as it was the first time the Court had the opportunity to interpret the notorious Article 22 of the General Data Protection Regulation (GDPR) prohibiting decisions "based solely on automated processing".

The CJEU has been asked to give a preliminary ruling by a German court (the Wiesbaden Administrative Court, or *Verwaltungsgericht Wiesbaden*) in a case involving three parties: a German consumer (the applicant), SCHUFA – a private German company specializing in credit information and credit scoring –, and the Data Protection Commissioner of the Land of Hesse whose decision in the first instance had been challenged by the applicant.

The dispute arose from a credit score produced by SCHUFA, which led a third party (a bank or other type of credit institution) to refuse a loan to the applicant. After being refused the loan, the applicant asked SCHUFA to disclose information about the data stored and to erase incorrect data. In response, SCHUFA informed her that her score was 85.96%, and provided some general information about the methodology used, but refused to say more, claiming business confidentiality. The applicant then sued SCHUFA, relying on various provisions of the GDPR. After being dismissed at first instance, the applicant appealed against this decision before the *Verwaltungsgericht Wiesbaden*, which referred the matter to the CJEU.

At the heart of the dispute lies the question of the applicability of Article 22 the GDPR to SCHUFA scores. But the CJEU's ruling will have a wider impact, notably on all situations where a score or profile produced by one entity (whether private or public) is used by another. The path chosen by the Court is very welcome because it recognises that, very often, the simple act of scoring is in itself a decision, but it also raises important questions that will no doubt give rise to much discussion.

Scoring and consumer credit agencies

When banks and credit institutions decide whether or not to grant credit to a consumer, they have two options: either they use only their own data, or they rely on information and data analysis provided by a third party, *i.e.* a consumer credit agency. In some countries, such credit agencies do not exist, notably in Belgium and France, where banks do not share customer data with each other. But in many other countries, these companies play a crucial role in the credit market as they enable the circulation of information.

Consumer credit agencies have a long history, dating back to the 1800s. In the course to the second half of the 20th century, they began to use statistical analysis in order to score individuals. In the United States, the main credit agencies and a company named FICO started producing the famous "FICO scores" which are attributed to the vast majority of Americans. In Germany, SCHUFA does the same job: it collects consumer data from a wide range of financial players and uses algorithmic methods to produce a score that is supposed to describe the creditworthiness of each individual.

SCHUFA itself does not grant any loans nor provide any services to individuals, it merely offers information to commercial actors. Strictly speaking, SCHUFA does not take any decisions concerning anyone as it has no contractual relationship with consumers.

However, depending on how credit institutions interpret a score, its influence varies. A score may be one of many factors considered or, conversely, it may be the only criterion taken into account by the lending institution. In many cases, a lending institution will not base its decision solely on the credit bureau's score but will automatically refuse to grant credit to applicants with a score below a certain threshold. In such a case, it is difficult to determine where exactly the decision is taken. Is the de-

cision taken solely by the credit institution, or is the credit agency's score itself a decision?

Credit scores and Article 22 of the GDPR

If this question matter, it's because of the famous Article 22 of the GDPR which prohibits automated decision. Should this provision apply, would this mean that such use of a SCHUFA score is necessarily contrary to the GDPR? No, because the second paragraph provides for three exceptions to this general prohibition of automated decision-making: automated decisions may be authorised 1) if necessary for a contractual relationship, 2) if there is a legal basis authorising these decisions, 3) if it is based on the data subject's explicit consent. And the scores produced by credit agencies could possibly fall within one of these exceptions[1]. But even if the score fell within one of these exceptions and was therefore lawful, this would have serious consequences for SCHUFA because additional requirements are imposed by the GDPR regarding automated decisions.

The CJEU identifies two arguments – put forward by the German referring court and endorsed by the Advocate General – in favour of the applicability of Article 22.

The first argument relates to the conditions set out in paragraph 1 of Article 22, which reads as follows:

> "The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her."

Three conditions are set out: first, there must be a *decision* taken about an individual; second, the decision must be solely based on a *automated processing*; third, the decision must *produce legal effects* or *significantly affect* the data subject.

Although the Court formulates the matter less clearly than the Advocate General did[2], we can say that two elements were not under debate: first, the granting or refusal of credit is part of the type of decision covered by Article 22 (as demonstrated by Recital 71 of the regulation); Second, SCHUFA scores are produced automatically. However, as explained above, it is less clear that a SCHUFA score can be considered a decision. To decide this issue, the CJEU relies on the description given by the referring court, according to which the third party draws "strongly" on credit scores so that an insufficient SCHUFA score leads "in almost all cases, to the refusal of that bank to grant the loan applied for" (paragraph 48). It is therefore a factual finding that demonstrates the score itself is a decision.

The second argument relates to the lack of protection of the rights of the data subjects that would result from the non-applicability of Article 22. Indeed, under Article 13(2)(f), Article 14(2)(g) and Article 15(1)(h) of the GDPR, data subjects who are the target of an automated decision within the meaning of Article 22 are entitled to receive "meaningful information about the logic involved [in the automated decision], as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject".

However, if we were to consider that the credit agency score itself is not a decision, the people being assessed would not be able to ask the credit agencies to explain the underlying logic, since article 22 would not apply. If they were to turn to the credit institution, the latter would not be able to respond, since it would not have set the score itself. Consequently, for the right to obtain meaningful information to be effective and to avoid a "lacuna in legal protection" (paragraph 61), a score must be qualified as a decision within the meaning of Article 22, states the Court.

The decisional nature of scores depending on their future use?

A notable aspect of the Court's reasoning is that the decisional nature of the credit agency score appears to depend on the way in which the score is used by the purchaser. The same score could, in one case, be classified as a decision on the ground that it is the only criterion used by a bank; and in another case be regarded as not constituting a decision on the ground that it is only one element among others taken into account by another credit insti-

[1] One aspect of the dispute is precisely that German law allows the use of probability values to assess creditworthiness, which could constitute a legal basis. But I leave that question aside here.

[2] Curiously, the Court seems to reverse the first and third conditions. The fact that it is in the field of credit is examined from the point of view of whether it is a decision. And the question of whether the score itself determines the consumer's fate is examined from the point of view of the production of "legal effects".

tution. This seems difficult to apply in practice, notably because the information rights set out in Article 13 and 14 must be implemented before the data is processed by the data controller, *i.e.* the credit agency[3], which requires knowing in advance whether the score will qualify as a decision.

The whole problem with scores is that we cannot anticipate their future uses. Credit bureau scores are often used not only by lending institutions, but also by tenants, employers or insurance companies. How should a score be qualified in these different contexts? One possible solution would be to consider that credit agency scores are in all cases decisions within the meaning of Article 22. In this sense, the US Fair Credit Reporting Act will perhaps be seen as a source of inspiration for EU regulators. Indeed, the Act requires "consumer reporting agencies" to disclose credit scores – for a fair and reasonable fee and independently of their future uses – to consumers, and to describe the "key factors that adversely affected the credit score of the consumer in the model used" (see section §609(f) of the Act).

However, the issue does not only concern credit agencies, but more broadly all situations where a score or profile produced by one entity (whether private or public) is used by another. The CJEU's ruling is thus very welcome, in particular because it gives effective scope to Article 22, but, as we can see, it also opens up important questions that will continue to be debated.

[3] As Binns and Veale point out.

Eleanor Spaventa

Escaping Jurisdictional Blackholes

Why National Courts Should Step Up in the Area of EU Common Foreign and Security Policy and Actively Protect Fundamental Rights

doi: 10.17176/20231215-111122-0

Foreign policy is a field where national governments enjoy significant discretion – yet in a constitutional system where checks and balances are in place, such discretion is not unfettered, it is subjected to some minimal guarantees. This is an essential part of our post-war constitutional settlement and regardless of the shifting consensus as to where the boundaries lie between legitimate executive action and the rights of individuals, the only way we can guarantee checks and balances is for courts to review executive and even legislative action against the agreed rules of the game, be those constitutional, EU, or international norms. Yet, when the EU acts in the field of Common Foreign and Security Policy, matters are not so straight forward, since the jurisdiction of the European Court of Justice is excluded with the exception of restrictive measures against individuals and companies (i.e. sanctions). But there is a lot more going on with the EU foreign policy than just sanctions – take for instance the increasing connection between migration and securitization of borders, which has led the EU to anchor some operations in the Common Foreign and Security Policy rather than in Migration Policy, where there is full jurisdiction of the Court. This means that individuals might find that their fundamental rights are violated, and yet have no remedies available. With low chances of a Treaty revision to remedy the problem, the question is what can be done about this.

In a recent opinion, AG Ćapeta has suggested that the solution rests with asserting the possibility of establishing the non-contractual liability of the EU for breach of fundamental rights in CFSP cases, regardless of whether the measure imposes restrictions. Whereas this is a very welcomed development, one that I have also advocated, it is not in it itself sufficient to guarantee effective judicial protection; rather, it is argued, the Council also has a positive duty stemming from the Charter to include a jurisdictional clause in all CFSP measures indicating the national court which has jurisdiction in those cases. A failure to include such a clause would be a violation of Article 47 Charter and also give rise to the non-contractual liability of the EU. In this way, national European Union courts would be able to assert jurisdiction and assess the compatibility of CFSP acts with the Charter of Fundamental Rights. Furthermore, national courts would be able to make a preliminary reference on the scope of those rights; the involvement of national European Union courts would also help in removing the objection to accession to the ECHR, and, if there was a clear ex ante jurisdictional choice, the issue of exhaustion for the purposes of the ECHR would be straightforward.

The Opinion of AG Ćapeta

The Court of Justice's jurisdiction in relation to the Common Foreign and Security Policy is limited to assessing the compliance with Article 40 TEU, which is to say to police the boundaries between the CFSP and other EU competences; and to review the legality of restrictive measures adopted against natural or legal persons. The exemption of the Court's jurisdiction has given rise to two, related, problems: first of all, as the action of the EU in the field of CFSP expanded, so did the potential for such action to affect individuals and their fundamental rights, even lacking "restrictive measures". Secondly, the lack of jurisdiction of the Court in the CFSP has become a stumbling block to EU accession to the ECHR, given the objection of the Court of Justice to the fact that the European Court of Human Rights would have jurisdiction over violation of the Convention in relation to CFSP measures, even when the Court of Justice has none.

With this said, in recent years, the Court has expanded its jurisdiction in the field of CFSP in three group of cases: employment in EU missions (e.g. *H v Council*, *Sat Cen*); preliminary rulings and actions for damages in relation to restrictive measures (*Rosneft* and *Bank Rafah*); and cases in which there is an issue of interpretation of a provision over which the Court has jurisdiction, even

though the case also relates to the CFSP (e.g. *Mauritius*,[1] *Elitaliana*). Yet, only the first group constitutes a partial departure from the limitation of the Court's jurisdiction, the latter two groups being constitutionally coherent with the Treaties.

Non-contractual Liability in the KS and KD Case

However, at present a case is pending, *KS and KD*, where the claimants brought an action for the non-contractual liability of the EU in relation to the failure of Eulex Kosovo, a civilian mission established through a CFSP decision in the aftermath of the Kosovo war, to properly investigate alleged murders and disappearances as per its aims, hence allegedly violating the claimants' fundamental rights. The case raised new issues since it does not pertain to one of the three above mentioned categories and it finds itself at odds with the specification in *Bank Rafah* that, in CFSP, actions for the non-contractual liability of the EU are only admissible in relation to restrictive measures over which the Court has jurisdiction. The reason for this caveat is that for non-contractual liability to arise, the act must be unlawful – and within the CFSP the Court has jurisdiction only over restrictive measures. Consistently with *Bank Rafah*, the General Court declined jurisdiction.

AG Ćapeta, by contrast, ventured onto a more ambitious interpretative path of the provisions at stake, explicitly linking the issue of jurisdiction of the Court to the stalemate in relation to Accession to the ECHR. After recalling the existing case law, the AG sought to give a constitutional reading of the limitation to the jurisdiction of the Court in the field of CFSP. Consistently with what argued by many scholars, and by the Court itself, she stressed the significance of the inclusion of the CFSP in the EU constitutional framework, so that the principles underpinning the EU constitutional system as a whole, and more specifically those enunciated in Article 2 TEU, form part of the constitutional identity of the EU which applies also to the CFSP. The *Kadi I* and *Ledra Advertising* rulings, also support that view, given that they established the principle according to which the EU institutions are always bound by fundamental rights, even when they are implementing mandatory international law; or when they are altogether acting outside the scope of EU law.

The key issue for the case in the words of the AG, is the choice between adhering to the Treaties, or establishing the jurisdiction necessary to ensure the protection of fundamental rights, without however modifying the Treaties. Here, to ensure these two conflicting aims Ms Ćapeta proposes a novel solution – whereas the Court cannot interpret CFSP provisions or acts based on those provisions, it is open to the Court to hear actions for damages for breach of fundamental rights. Since in order to assess compatibility with fundamental rights of a given provision, that provision would have to be "interpreted", the EU Courts must "defer to the explanation of the meaning of a certain policy choice offered by its author, and assess whether the choice thus understood exceeds the limit allowed by the Charter". And if more than one interpretation is possible, but all are compatible with fundamental rights, the Court cannot make a choice and the uniformity in CFSP law cannot be ensured. Hence, the solution suggested in the case would achieve two policy objectives – the protection of fundamental rights, a constitutional imperative; and accession to the ECHR, a constitutional obligation ex Article 6(2) TEU.

The solution proposed by AG Ćapeta would ensure at least some judicial oversight of CFSP measures liable to have an effect on individual rights, and it also would go someway in solving the impasse in relation to Accession to the ECHR. It should be noted, however, that the supervisory role of the Court would be limited to action for damages, so that the illegality of the measure would be declared only indirectly and not erga omnes. Nonetheless, I would argue that the duty of loyal co-operation between the institutions as well as the duty for all the EU institutions and bodies to respect the Charter, imposes on the

[1] Case C-658/11 European Parliament v Council (Mauritius), (EU:C:2014:2025); see also C-263/14 European Parliament v Council (Tanzania) (EU:C:2016:435); see e.g. A. Ott "The legal bases for international agreements post-Lisbon: of pirates and the Philippines" (2014) 21 MJ 739; P. Van Elsuwege "Securing the institutional balance in the procedure for concluding international agreements" (2015) 52 CML Rev. 1379; G De Baere and T Van den Sanden "Interinstitutional gravity and pirates of the parliament on stranger tides: the continued constitutional significance of the choice of legal basis in post-Lisbon external action" (2016) 12 ECL Rev 85; C. Eckes "Common foreign and security policy: the consequences of the Court's extended jurisdiction" (2016) 22 ELJ 492; on Article 218 TFEU see e.g. J. Heliskoski "The procedural law of international agreements: a thematic journey through Article 218 TFEU" (2020) 57 CMLRev 79; AP van der Mei "EU external relations and internal inter-institutional conflicts: the battlefield of article 218 TFEU" (2016) 23 MJ 1051.

Council a duty to rectify the measure found to be inconsistent with the Charter, even when this finding is indirect and the result of a compensatory claim.

The High Bar for Actions for Damages

A more serious problem, however, is that in order to succeed, actions for damages must fulfil stringent conditions and that the bar of what is to be qualified as "unlawful" action for the purposes of Article 340 TFEU, is higher that the mere illegality of a measure. Furthermore, the link of causation might also be very difficult to establish. It is thus to be questioned whether limiting the available remedies to a compensatory action might be qualified as an "effective remedy" for the purposes of Article 47 Charter. For these reasons, as I argued elsewhere, until the Treaties are modified to confer full jurisdiction to the Court of Justice, national courts should assert their role as European Union courts, and protect Charter rights when the Court of Justice has no jurisdiction, harnessing the full potential of procedural tools at their disposal, including declaring the incompatibility with the Charter of action undertaken in the field (or based on the authority) of CFSP; engaging the combination of Charter and national constitutional provisions, and where possible engaging the domestic constitutional court as well as the Court of Justice through preliminary rulings in relation to the interpretation of the Charter.

The Role of National Courts

After all, in *Gestoras Pro Amnistía* and *Segi*, cases about listing terrorist organizations in a Common Position, the Court, in refusing jurisdiction, pointed at the active role that the national courts must play in guaranteeing the right to effective judicial protection in the EU legal order. Thus, Member States and national courts and tribunals, have a duty where necessary to interpret their national procedural rules in a way that allows a challenge to the "lawfulness of any decision or other national measure relating to the drawing up of an act of the European Union or to its application to them and to seek compensation for any loss suffered."

True, it might not always be so straightforward to determine which national court would have jurisdiction, especially when, as it was the case in *KD and KS*, the alleged breach of fundamental rights has taken place outside the territory of the EU. Indeed, it is also this difficulty that led AG Ćapeta to exclude the effectiveness of the role of national courts. However, in my opinion, this problem could be addressed by recognising, as the Court did in *Chrysostomides*, that the EU institutions have an active duty to ensure that their action does not lead to an infringement of the Charter. This includes an active duty to ensure that individuals have access to effective remedies, i.e. a court which has clear and pre-established jurisdiction. In this respect, inspiration should be taken from the Decision establishing operation *Irini*[2] which, in relation to GDPR issues, contains an express allocation of jurisdiction to the courts of the State of the flag.

It is submitted then that any CFSP decision which does not entail restrictive measures should contain such a jurisdictional clause, not only as a matter of best regulatory practice, but as a matter of constitutional duty, since both the Council, like all the EU institutions, and the High Representative, like all EU bodies, have an active duty to ensure that the Charter is complied with. And this duty constrains and direct political discretion when legislating. Since Article 47 Charter can only be effective if there is a clear path to access to a court, failure to include such a jurisdictional provision might also engage the non-contractual liability of the Council / High Representative for failure to respect the Charter, albeit again the issue of causation might make such a possibility more theoretical than real.

The Solution

The EU is based on the rule of law and should not, and cannot, tolerate that its instruments have the effect of creating a jurisdictional blackhole, leaving individuals without recourse to judicial protection. For this reason, the Council and High Representative for foreign Affairs must ensure that Common Foreign and Security Policy do not deprive individuals of their rights, and must, as a matter of EU constitutional law, include in all instruments a jurisdictional clause indicating the national court responsible to ensure effective judicial protection. In this way, the combination of compensatory claims together

[2] Council Decision (CFSP) 2020/472 of 31 March 2020 on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), [2020] OJ L 101/ 4 as amended, consolidated version [2023] OJ L 81/27. For a thorough analysis of Operation Sophia, the precursor to operation Irini, see J. De Coninck "Effective Remedies for Human Rights Violations in EU CSDP Military Missions: Smoke and Mirrors in Human Rights Adjudication?" (2023) 24 GLJ 342.

with the active engagement of national courts, as European Union courts tasked with the protection of Charter rights, would help in solving the problem created by the exclusion of an entire field of action from the jurisdiction of the Court. Furthermore, and as argued by AG Kokott in Opinion 2/13, entrusting national court with the protection of fundamental rights in the field of CFSP would go a long way in clearing up the path to accession of the EU to the ECHR.

Rachael Walsh

Testing the Limits of Deliberative Constitutionalism

Constitutional Environmental Rights in Ireland

doi: 10.17176/20231222-111150-0

On 14th December 2023, a parliamentary committee in Ireland issued a report recommending a referendum on inserting environmental rights, including rights of nature, into the Irish Constitution. The origin of those recommendations was the prior Citizens' Assembly on Biodiversity Loss, which was formally linked to the committee. These events are another important chapter in the unfolding story of deliberative constitutionalism, with Ireland often cited as a leading example. The fate of the constitutional reforms proposed by the Assembly and the committee on environmental rights will provide important insights into: 1) when deliberative recommendations can gain the necessary political support for implementation; 2) whether institutional design can improve the likelihood of political support for citizen-led constitutional reform.

Ireland's Deliberation on Biodiversity Loss

Ireland has been on a deliberative journey in respect of policy change and constitutional reform to respond to biodiversity loss. Dáil Eireann (the lower house of the Irish legislature) declared a National Climate and Biodiversity emergency on May 9th, 2019, with Ireland only the second country in the world (after the UK) to do so. At this juncture, one of the major parliamentary parties, Fianna Fáil, called for a Citizens' Assembly on biodiversity, which was supported by the Green Party.

Thereafter, the Citizens' Assembly on Biodiversity Loss emerged from the Programme for Government agreed in October 2020 by a three-party coalition including both Fianna Fáil and the Green Party. The institutional design and operation of the Assembly broadly mirrored previous, high profile Citizens' Assemblies in Ireland, which generated constitutional reform proposals on issues such as same-sex marriage and abortion that were adopted via referendum. Broadly, the assemblies were composed of randomly selected citizens, sampled to secure descriptive representation of the wider population, who were brought together to hear from experts, deliberate, and issue reform proposals. Those proposals were then considered by politicians. The Houses of the Oireachtas (the upper and lower houses of the Irish legislature) passed legislation providing for constitutional referendums (the prescribed mechanism for constitutional change in Ireland) on each issue in 2012 and 2018 respectively.

However, the Biodiversity Loss Assembly differed from its predecessors in being a 'single-issue' assembly. It spent five weekends exclusively on biodiversity loss, in addition to holding a stakeholder engagement meeting and innovative biodiversity field-trips. The Assembly's composition also differed significantly from previous assemblies. For the first time, registration for voting in Ireland was not a requirement for participation. Rather, all those resident in Ireland were in principle eligible, with recruitment conducted by sending letters of invitation to all households in Ireland. A sampling process was then applied to identify a representative pool of 99 lay participants from amongst the positive responses. The assembly was chaired by an academic, who was the 100th member of the body.

Constitutional Reform Recommendations

The final report of the Biodiversity Loss Assembly was published on 5th April 2023, containing 159 recommendations that were approved by the citizens through a majority vote. The recommendations were wide-ranging in nature, including policy recommendations and, somewhat surprisingly, constitutional reform recommendations. The Assembly recommended by a vote of 83% in favour that a proposal to amend the Constitution to protect biodiversity should be put to the people in a referendum. The Assembly recommended that it should include:

a. Human substantive environmental rights, e.g. a right to a clean, healthy, safe environment; a right to a stable and healthy climate; rights of future generations to these or other environmental rights. (82% vote in favour)

b. Human procedural environmental rights, e.g. the Aarhus rights regarding access to environmental information, public participation in environmental decision-making and justice in environmental matters. (77% vote in favour)

c. Substantive rights of nature, recognising nature as a holder of legal rights, comparable to companies or people e.g. to exist, flourish/perpetuate and be restored if degraded; not to be polluted/harmed/degraded. (74% vote in favour)

d. Procedural rights of nature, e.g. to be a party in administrative decision-making, litigation, etc. where rights are impacted/likely to be impacted. (78% vote in favour)

The report stated the citizens' aims in making these recommendations as being: 'to attempt to ensure that nature is protected enough to continue to provide people with necessary ecosystem services, such as food, clean freshwater and air, and to allow people to access and enjoy a clean, safe and healthy environment, both now and into the future.'

Political Response

The terms of reference of the Assembly provided that the report would be referred to a relevant committee of both Houses of the Oireachtas for consideration. This followed the approach taken in the previous Citizens' Assembly on both climate action and abortion, where recommendations from citizens were considered in detail by parliamentary committees in an example of what Carolyn Hendricks terms 'designed coupling' between deliberative innovations and standard political processes. The Assembly's report was duly considered by the 14 member cross-party Joint Committee on Environment and Climate Action, which held further stakeholder engagement sessions and issued its final report on 14th December 2023. Amongst its key recommendations was that the Government should begin the preparatory steps to consider one or more referendums to protect biodiversity through the incorporation of the rights of nature and/or the right to a healthy environment into the Constitution within the lifetime of the current Dáil. It stated that an expert group should be established and resourced to draft the relevant constitutional amendment questions. It pointed to the inclusion of rights of nature in Ecuador's Constitution in 2008 in support of this recommendation. However, the wider political response to the report was more mixed. For example, rural TD's (elected representatives in Ireland's lower house) came out strongly against the report as a whole, suggesting that the recommendations showed manipulation of the Assembly by government, with one TD going so far as to call it 'a roadmap to rural and agricultural ruin'.

Next Steps?

The Assembly's recommendations on constitutional reform now have the political imprimatur of the support of a parliamentary committee. This makes for a very interesting test-case on the political reception of constitutional reform recommendations issued by government-established citizens' assemblies. At least two types of impact are discernible from the Irish experience: first, strong political impact, with citizens' recommendations leading to successful referendums, as with same-sex marriage and abortion; second, very weak or no political impact, with recommendations being largely ignored, for example the recommendations of the 2012 Convention on the Constitution on economic, social and cultural rights. In respect of this second category of recommendations, Oran Doyle and I have observed elsewhere that political support is critical for the advancement of recommendations of citizens' assemblies, and that such support is generally weak in respect of complex constitutional reform proposals that would insert new language into the constitutional text, particularly where such language might have public expenditure implications.

However, the 'designed coupling' between the Citizens' Assembly that considered abortion reform and the subsequent all-party committee on abortion was a notable feature that was lacking in respect of previous constitutional reform recommendations that were shelved by governments. The fate of the Biodiversity Loss Assembly's recommendations will provide important insights into whether 'designed coupling' is effective in ensuring the necessary political support for assembly recommendations, or whether some recommendations are so unpalatable from a political perspective that even coupling to an intervening committee cannot facilitate the necessary consensus building. It will also be interesting to observe the significance of the Green Party's current government position in shaping the influence of the Biodiversi-

ty Loss Assembly's constitutional reform proposals, with that position potentially providing the political impetus necessary to drive them forward.

Ireland is currently completing a complex and contentious process to formulate wording for a constitutional referendum on a right to housing. This reform proposal has a deliberative basis in the recommendations of the 2012 Convention on the Constitution. Ireland will also hold a referendum on International Women's Day in 2024 on inserting a provision on the value of caring work into the constitution and a reform of the constitutional definition of the family, which proposals emerged from the Citizens' Assembly on Gender Equality. The published referendum questions have proven contentious, with the wording that is to be put to the people criticised as a significant dilution of the citizens' recommendations. Against that backdrop, it may be doubted whether there will be political energy and appetite to take on another complex constitutional reform proposal within the lifetime of this government, notwithstanding its deliberative roots. This raises the possibility of another shelved citizen-led recommendation on constitutional reform, this time on high-profile environmental issues. Such a shelving could undermine support and trust in the overall deliberative project that Ireland has embarked upon since 2012, and could weaken the international perception of Ireland as a gold-star example of deliberative constitutional reform in action.

Mateusz Grochowski

The Sound of RBG

doi: 10.17176/20231208-134032-0

The Notorious Aficionado

The year 2023, which is slowly approaching its end, has marked a twofold jubilee of the late US Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg. It is both the 90th anniversary of her birth and the 30th anniversary of her Supreme Court appointment. Her immense impact on US law and culture has been honored in a variety of ways, from a special issue of the Harvard Law Review and a ship's name to a LEGO figure. One dimension of her remembrance, however, often escapes notice, although it offers a unique understanding of RBG's legacy. This dimension is classical music. Music history has on many occasions venerated living or recently deceased contemporaries – it is enough to mention Verdi's *Requiem* and the tangled ways of Beethoven's *Eroica* dedication. It is, however, an extremely rare form of tribute when extended to lawyers for the sake of their legal accomplishments as such. It is hence even more striking that RBG became the subject of several classical music compositions (not to mention popular songs). They encompass a cycle, *The Long View: A Portrait of Ruth Bader Ginsburg in Nine Songs*, a string quartet in memoriam of RBG and other pieces as well. This phenomenon can only in part be explained by the fact that RBG herself was notorious for her love of classical music, especially opera. The actual reasons are more complex and offer insights into the intrinsic cultural link between music and law. Three of the RBG-themed compositions are particularly telling in this regard. Let's take a look at them.

Scalia/Ginsburg

RBG became a classical music protagonist or the first time in 2015 when Derrick Wang (holder of dual degrees in music and law) published in the Columbia Journal of Law & the Arts his libretto for an opera titled *Scalia/Ginsburg*, for which he also composed music. The opera was from the outset intended as a playful rendition of the clash between two approaches towards law within the US Supreme Court, for over two decades personified by RBG and Antonin Scalia as the most vociferous promoters. Its libretto is composed of quotes from judicial opinions, texts, and other public statements by the two Justices, painstakingly embroiled with references to the operatic tradition (mostly resolved by the author in robust footnotes). The plot is a humorous reiteration of a classic scenario that sees Justice Scalia imprisoned by a divine force ("a celestial bureaucrat") in the Court's building for his excessive dissenting from Supreme Court judgments. To be freed, he has to undertake three tasks and defend thereby his view on law. Justice Ginsburg comes to his rescue, and they undergo the scrutiny together, singing the duet "We are different, we are one". This quote encapsulates at the same time the main message of the opera which – besides its parodic spirit – advocates an inclusive legal order which can bring together opposing views on the nature of law and its role in democracy. *Scalia/Ginsburg* was successfully staged in a few US opera theaters, and was academically analyzed for its general conception of both legal order and legal interpretation as well as for its further ramifications.

Reflection of Justice

Shortly after RBG's passing away in the fall 2020, Jeffrey Biegel, a concert pianist and composer, dedicated to her a piece for a piano solo (also later orchestrated by Harrison Sheckler): *Reflection of Justice: An Ode to Ruth Bader Ginsburg*. This four-minute composition rests on a classical ternary structure. The opening and ending component are calm and rather elegiac in their general tone. The central part consists of a few variation-like transformations of the main theme of the US national anthem (*The Star-Spangled Banner*), which gradually increase the emotional tension and lead to two dramatic climaxes. The first builds on RBG's initials and her nickname ('Kiki') transformed into musical notation. This subscribes to a long tradition of encrypting names in musical notes (so, for instance, the B-A-C-H motive in the final *Contrapunctus* of the *Art of Fugue* by J.S. Bach), hence adding more textual dimension to the tonal expression. The second climax are three series of five chordal beats each, which in the composer's own words represent strikes of judge's gavel. After re-entrance of the opening theme, the piece approaches a

short *coda* which brings the piece to a soothing end. Notably, the composition is intended to ultimately form a triptych together with pieces on Martin Luther King and John Fitzgerald Kennedy, also built around a musical notation of their initials.

Remembering Ruth Bader Ginsburg

The last component of the RBG trilogy is the mini-opera for mezzo-soprano, piano and orchestra, *Remembering Ruth Bader Ginsburg*, written by the modern symphonic composer Ellen Taaffe Zwilich. The fifteen-minute piece, commissioned by the Dallas Symphony Orchestra to commemorate the first anniversary of Justice Ginsburg's death, was structured as a tripartite music cycle to the poem *The house she lived* in by Lauren K. Watel (a direct reference to *The house I live in* by Frank Sinatra, with "house" being a metaphor for the US). Each of the parts ("Acts" as the piece creators called them) relates to one stage of RBG's life. More precisely: each of them relates to a stage of her life against the backdrop of the struggle for female empowerment. As the composer elucidates in a documentary accompanying the 2021 premiere, the first act depicts RBG's arrival at that metaphorical house featuring lowered ceilings and bolted doors, with women in corners and on pedestals. Act II portrays RBG in the process of (sometimes forcefully) reconstructing the house, by demolishing ceilings, ripping down doors and false walls, and helping allegorical female figures down from their pedestals. Act III speaks on RBG's legacy as a lawyer and social activist. Like in the *Scalia/Ginsburg* opera, also this one builds around RBG's quotes. In this case, the librettist searched for metaphors used by her to depict legal values (hence, the pillars and other building imagery, as RBG was apparently keen on architectural metaphors). The text is bracketed by the word "justice", thus playing with its double meaning as both an expression of the justice ideal and, when capitalized, as the honorary title of a judge.

Music, law and emotions

Like law, musical notation also expresses a set of rules to be interpreted and followed by the performers (be it a conductor, an orchestra member or a judge). However, the question posed by the musical homages to RGB is situated elsewhere. None of the three pieces tackle legal or social issues between the lines (as did, for instance, Mozart or Verdi). They try to go directly to the essence of the contemporary constitutional debates, addressing them without any costume or pretext. Are these attempts futile? Does it make sense at all to describe something so intrinsically textual as law in the non-verbal form of music? Despite the apparent oddity of this question, the answer is not bizarre at all. Although Western civilization conceived law as the purportedly objective machinery for administering rights and duties in society, in its underlying structure, law inherently responds to emotions. They do not only guide human behavior that may be of legal relevance (think, for instance, of behavioral studies in consumer and criminal law). They may be also one of the key drivers in the application of certain legal institutions, such as good faith or damages for moral harm. In constitutional law – which oftentimes tackles subtle social valuations – individual and collective emotions assume a special place in shaping rules and putting them to use. The modern idea of constitutional law builds on a direct plea for popular support. Its aim is to ensure that constitutional rules and values are not only respected but also internalized by the political community. In other words, constitutional law is not about forcing people to obey, but rather about building common identification around legal foundations that can accommodate polyphonic social structure. Here is where collective emotions and their artistic expression come into play.

The legal politics of music

The close link between constitutional law and music builds also on another feature of the latter: in spite of its apparent neutrality, music can be inherently political. It has certainly played a strong role in channeling human emotions into political acts. The examples are countless – it is enough to mention the Belgian revolution of 1830, whose outbreak was catalyzed by the (apparently innocuous) performance of an opera embedded in the time of the anti-Spanish uprising of the 17th century (*La Muette de Portici* by Daniel Auber); and to point to the role of Verdi's opera as a source of national identification for the Italian society, uniting the country in 1860s (to the extent that the *Va, pensiero* chorus from *Nabucco* was for some time seriously contemplated as a national anthem for the newly-established Italian state). More recent times supply even more examples of music that encapsulates values and identities of a political nature (sometimes also deeply concerning ones, given, for instance, the Nazi ideas of national identity built around Wagner). Remarkably, this role is attached not only to opera (which – by its textu-

al dimension can directly convey social and legal ideas), but also to instrumental music. One of the clear instances is the compound political trajectory of Beethoven's *Ninth Symphony*. In the 200 years of its existence, it has been constantly reinterpreted and appropriated to express various political and constitutional notions. Its recent incarnation as the European Union's anthem proves that the link between music (along with the entire social and political imaginary associated with it) and constitutional law is quite organic. By speaking "about" and "to" peoples' emotions, music can convey messages that cannot be expressed in words of law or politics. The problem constitutional law has with words stems not only from the fact that certain emotions that served to establish the polity (such as trust and solidarity) cannot be readily translated into a legal vocabulary. In many instances, music may also provide a more direct way of expressing certain values than abstract concepts of law, or it may offer a more unifying and neutral language (allowing one to steer clear of the social contention that may be caused by words).

How does the law sound?

So, can lawyers be remembered through music? Or – can music express legal ideas through the music itself (and not merely through an opera's libretto or the lyrics of a song)? The musical venerations of RBG provide telling examples that music can indeed serve as a way of conveying thoughts about law. The language of this expression is different than for legal texts. The matter of music is emotions encoded in sounds and rhythm, sometimes associated with sonoric symbols brought to life this way (such as the gavel strikes in *Reflection of Justice*). The way music speaks about law is, hence, deeply metaphoric and calls for listeners' interpretation. Nonetheless, it is not entirely subjective. Music is always 'read' in context, as established by social, cultural and legal phenomena. For this reason, being a universal way of expressing emotions, music can also be inherently entangled with the particular message about a society, its values and its identity. Mozart's *Le Nozze di Figaro* or Penderecki's *Threnody for the Victims of Hiroshima* could be listened to for their sheer artistic quality. Placed in their particular contexts, however, they make certain political statements (respectively, about the yearning for social equality in a decaying feudal order and about peace and universal regard for human life) that add another dimension to the way certain values are expressed within the political community. There is no doubt that in this way the emotions conveyed by music may also elicit emotions about law, voice opinions in debates, and foster social mobilization around the pursuit of legal values.

The three musical tributes to RBG – each of a different genre, style and ambition – speak on their own terms to this tradition. Certainly, it would not do justice to them to mark these pieces only as curiosities of modern classical music. Similarly, it would not do much justice to consider them as simply memorializing pieces for a remarkable figure of US legal and political life. They should be read rather as artistic reactions to the legal discourse in which RBG was one of the central protagonists over the past few decades. This musical trilogy features a set of voices on constitutional law and constitutional politics, where intellectual affirmation of legal values is translated into the language of emotion-decoding metaphors. Apart from being an interesting way of paying tribute to RBG herself, the three pieces are clear proof of the vitality of classical music – also in its purely instrumental form – as an articulation of legal ideas, one furthering their comprehension and inviting reflection on their meaning. Given the ongoing transformation of classical music, which over the past few decades has become more socially engaged and sensitive to present-day realities, the near future is likely to bring more compositions and performances where the law will be portrayed through sound.

Rodrigo Kaufmann

Third Time's A Charm?

Chile's Second Constituent Process

doi: 10.17176/20231212-111136-0

The second process to draft a new constitutional text in Chile ended on November 7. A referendum to be held on December 17 will decide upon the fate of the constitutional proposal that resulted from it. Polls indicate that the proposal will be rejected, even if the option in favor of the proposal has been gaining support lately. Irrespective of the outcome of the referendum, it might be fair to say that this second version of the constituent process has already failed. In particular, I argue that just like the first draft, the second proposal seeks to constitutionally entrench the goals of the political factions that held the majority within the drafting organ, instead of providing a constitutional framework that would allow for broad self-governance based on the democratic principle.

Background

The second process was initiated as a new chance for an institutional solution to the political and social crisis that unfolded by the end of 2019. Then, a seemingly harmless raise in subway fares (4% increase) sparked protests that questioned the deep inequalities and exclusions that are still very much present in Chile even after decades of sustained economic growth. The protests quickly crystalized into a demand for a constituent process that would generate a new social order. A first attempt, initially supported by a vast majority of citizens, ended in September last year with the surprisingly clear rejection of a constitutional draft that had been prepared by the left-leaning Constituent Convention. The second process, which started earlier this year, was in turn dominated by right-leaning parties. In both cases, the minorities in each of the drafting organs – the right during the first process and the left during this second process – have claimed – not without reason – that majorities have used and abused their position to draft ideologically motivated proposals. In particular, the respective majorities arguably abused the function of fundamental rights within a constitutional settlement by using them to immunize their political goals from the operation of the democratic principle and ordinary legislation.

Constitutions and Co-originality

One of modern constitutionalism's basic assumptions is that the existence of a political community, of "the people", is twofold: On one side, as individuals, and on the other, as a collective. Habermas famously claimed, in his co-originality thesis, that none of them can be reduced to the other; that both need to be considered at the very root of the modern constitutional state. There seem to be good arguments for that position. The political form that fundamentally expresses the value of "the collective" in modern constitutionalism is democracy, a realm in which individuals exist as a part of a much larger entity: the *demos*. The modern democratic state is one that cannot be properly conceived or understood only from an individual perspective: Democratic decisions are – critically! – not decisions that have been taken by every member of the community, nor does every member agree with them. Their collective dimension is irreducible to an individual one.

This is, of course, radically different in the case of the paradigmatic institutional expression of individuality: fundamental rights. Not only are they conceivable in purely individual terms in the sense that such an understanding, in principle, exhausts their conceptual force; their very function is precisely to guarantee that the space of individuality will not be absorbed by the collective.

Modern constitutionalism is (also) a specific form of arbitrating the relationship between the individual and the collective and thus between fundamental rights and democracy such that they exist in a relationship of mutual dependence. To this end, constitutions give legal shape to collectives and organize how they can act through more or less complex structures. They enshrine a set of fundamental rights as individual entitlements in the realm of law. They safeguard representative organs and democratic procedures to allow for the articulation and pursuit of collective goals. And they provide institutions and

mechanisms to arbitrate tensions between the individual and the collective, including courts with the competence to enforce constitutional provisions.

Yet, the constitutionally engineered relationship between the individual and the collective can turn into one marked by conflict instead of productive tension. This has been facilitated by two developments: (i) an understanding of constitutional rights that allows for almost any interest to be reformulated in these terms and to thus claim its hierarchical priority vis-à-vis ordinary legislation, and (ii) a dramatically expanded constitutional jurisdiction. Constitutional rights, then, can become a constant threat to the political process and democratic decision-making. This is what is at play in what has become the institutional paradigm of the conflict between individuals and the collective: constitutional courts striking down democratically produced legislation in the name of individual fundamental rights.

Chile's Dysfunctional Constitutional Order

The broad range of interests that can be presented as a fundamental right and the connected claim to declare democratically produced legislation void can serve to detach them for their original function of safeguarding the space of individuality from being subsumed by the collective. Instead, it facilitates the instrumental use of the notion of fundamental rights to advance the goals of different political factions.

This certainly reflects a dynamic very much present in Chile, where striking down laws has become a means to pursue political goals without the majorities required to pass ordinary legislation. This has been the case under the current constitution, and would arguably not be any different under any of the drafts produced by both constituent processes over the last years. Both drafts seem to show that the advancement of collective political goals is no longer seen as structurally connected (only) to the democratic principle, that is, to engaging and debating with others in a process that cannot be properly conceived in purely individual terms. Instead, the realm of fundamental rights appears to have become just as much of an – perhaps even the preferred – institutional tool through which the collective goals (of political factions) can be secured.

First draft

The rejected first draft was deeply committed to an overhaul of Chile's social and political landscape. In its best light, the draft sought to directly tackle the country's inequalities and to serve as a fundamental foundation for the inclusion of minorities. It would have created a constitution whose normative substance was meant to permeate all spaces of social, political, and cultural life.

The vehicle for that purpose was fundamental rights: The first draft was structured around spaces of equal autonomy for individuals and groups [see esp. arts. 17 – 113, which dealt with fundamental rights]. As I have argued before, in such an institutional context, those spaces of equal autonomy were the core of the political project of the first constitutional draft. The democratic principle and its subject, the collective as a whole, thus stood for little more than uncertainty, threatening to thwart the carefully designed constitutional blueprint. The drafters of the first constitutional proposal made sure that their goals were fixed as fundamental rights so that the democratic principle and the sphere of politics and democratic legislation could not significantly impair them.

Second Draft

The second draft, decisively influenced by the right-wing parties, and particularly by the far-right *Republicanos*, revolves around fundamental rights as well, even if less obviously so than the first draft. There are fewer of them; their role, however, is exactly the same: the constitutional entrenchment of political goals by immunizing them from the political process. The provision on liberty of thought, conscience and religion in the proposal (art. 16, nr. 13 of the draft) is illustrative.

In the draft, the fundamental right to liberty of thought, conscience and religion explicitly includes the right to conscientious objection. While the text is very similar to art. 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the norm's inclusion was arguably driven by recent developments in Chile's constitutional approach to abortion. Until 2017, Chile criminalized abortion under all circumstances. Then, Congress passed a law decriminalizing abortion in three cases: risk of the woman's life, fetal anomaly incompatible with life, and rape. When deciding upon the constitutionality of the law, the Chilean Constitutional Court, however, ruled that conscientious objection, foreseen in the legislation for indivi-

duals taking part in the medical procedure, was not only applicable to them, but should also be extended to medical institutions, which could now deny providing abortion services entirely.

The decision was highly controversial in Chile, mainly due to the fact that the Constitutional Court autonomously decided to expand the scope of the conscientious objection. The current Chilean constitution doesn't recognize the conscientious objection in its provision on religious freedom, which means that the Court's addition thereof could be overridden by ordinary legislation. The draft is designed to preempt precisely that move by constitutionally enshrining the conscientious objection exception. In other words, the constitutional inclusion of the conscientious objection doesn't affirm any positive value linked to the status of the individual in the constitutional order, but functions merely as a negative element, a boundary to avoid affecting a *status quo*, which certain political factions don't want to see modified.

Another particularly dramatic expression of the prioritization of fundamental rights vis-à-vis democracy can arguably be further found in art. 16, nr. 31 e). Hidden within a fundamental right to equality regarding public burdens, it establishes a general state liability clause for legislative acts that contravene the Constitution. This might at first glance have a certain appeal as a guarantee of the rule of law. Further reflection, however, quickly shows that such a clause is highly problematic, not only because of the risks of imposing tremendous financial burdens on the state. The clause presupposes a legalistic and extremely rigid idea of the constitution, assuming that the standards it imposes, traditionally contested, are sufficiently clear as to justify making legislatures liable for their contravention. Furthermore, the clause can easily be abused in a way that stifles political discussion and democratic decision-making. In particular, it could allow labeling parties and groups that pushed for legislation later found to be unconstitutional as foes of the constitution and the institutional order.

Third Time's a Charm?

Chile's long constituent process has failed, because the political and social elites in charge have been unable to produce drafts that could be read as anything else than using the constitution to impose their views and preferences on the rest – not one, but two times. Still, as of now, there is someone that deserves praise: Chile's citizens. So far, they had the good sense of rejecting the first draft. It must be remembered that the draft was the result of a referendum in which almost 80% of the voters supported the idea of a new constitution, and that it was produced by a fully-elected Convention, in which left-leaning parties won by a landslide. Still, the first draft was clearly rejected. One can only hope that they will see that this time, too, the proposal does not deserve their support. It is a sad irony that they would then find themselves voting twice in favor of maintaining the Constitution nearly 80% of them wanted to leave behind. But in doing so, they just might show everyone that when they voted to give themselves a new constitution, they meant a real one.

Manuel Brunner

Der lange Schatten der Autokratie

Zur Haftentlassung des ehemaligen peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori

doi: 10.17176/20231223-111140-0

Am 4. Dezember 2023 entschied das Verfassungsgericht der Republik Peru, dass der ehemalige Präsident Alberto Kenya Fujimori Inomoto unverzüglich aus der Haft zu entlassen sei. Dies ist inzwischen geschehen. Fujimori verbüßte seit 2009 eine eigentlich 25-jährige Gefängnisstrafe wegen Menschenrechtsverletzungen während seiner Amtszeit. Es war zum Zeitpunkt der Verurteilung der einzige Fall weltweit, in dem sich ein demokratisch gewählter Staats- oder Regierungschef wegen solcher Rechtsverstöße strafrechtlich verantworten musste. Die verfassungsgerichtliche Entscheidung steht am vorläufigen Ende politischer und rechtlicher Auseinandersetzungen um das Schicksal von Alberto Fujimori. Auch wenn es sich bei der Haftentlassung nicht formell um eine Aufhebung der Verurteilung handelt, so ist sie doch eine Niederlage für die Menschenrechte in Peru und ganz Lateinamerika.

Menschenrechtsverletzungen unter der Regierung Fujimori

Fujimori, Sohn japanischer Einwanderer und studierter Agraringenieur, setzte sich als Kandidat der rechtsgerichteten Partei Cambio 90 in der Stichwahl zum Präsidentenamt am 10. Juni 1990 gegen den Schriftsteller Mario Vargas Llosa durch. Das Standing des Politikers basierte vor allem auf seiner Rolle als politischer Außenseiter. Die Wahl fiel in eine Zeit, in der in Peru bereits seit 10 Jahren ein bewaffneter Konflikt zwischen der Regierung und den Guerillagruppen des maoistischen Sendero Luminoso sowie des marxistisch-leninistischen Movimiento Revolucionario Túpac Amaru herrschte. Gleichzeitig war die damalige Währung Perus, der Inti, in einer Hyperinflation gefangen.

Im Jahr 1992 löste Fujimori in einem Akt, der auch als Eigenputsch („autogolpe“) bezeichnet wurde, den Kongress auf und übernahm die legislative und justizielle Gewalt im Staat. Es folgte eine Änderung der Verfassung. Die eigentliche Macht in Peru lag allerdings in den Händen des Chefs des Inlandsgeheimdienstes, Vladimiro Montesinos, und der Streitkräfte. Der Präsident sanktionierte unter diesen Bedingungen den „Plan Verde“. Damit wurde eine klandestine Operation der Streitkräfte beschrieben, deren Grundlagen bereits vor dem Beginn der Amtszeit von Fujimori entwickelt worden waren. Zu den Hauptzielen des Plans zählten Maßnahmen zur erzwungenen Geburtenkontrolle bei der verarmten und der indigenen peruanischen Bevölkerung, eine Kontrolle der Medien und die Ausübung von Zensur sowie die Einführung einer neoliberalen Wirtschaftspolitik. Dies alles sollte unter der Kontrolle des Militärs geschehen.

Zur Umsetzung des „Plan Verde“ wurde eine Bevölkerungspolitik ins Werk gesetzt, die Kommentator:innen als ethnische Säuberung oder sogar als Völkermord bezeichneten. An wahrscheinlich bis zu 300.000 Menschen wurden bis zum Ende der 1990er Jahre erzwungene Sterilisationen durchgeführt. In den betroffenen Bevölkerungsgruppen wurde ein Entwicklungshindernis für das Land gesehen, das es nach Auffassung der politischen Führung einzudämmen galt. Dem Bericht eines Unterausschusses des peruanischen Kongresses aus dem Jahr 2002 zufolge, sollen diese Maßnahmen von der US-amerikanischen Entwicklungsbehörde USAID, dem Bevölkerungsfonds der Vereinten Nationen und der privaten The Nippon Foundation unterstützt worden sein.

Weitere Menschenrechtsverletzungen trugen sich im Kontext des bewaffneten Konflikts mit den linksgerichteten Guerilleros zu. Amnesty International etwa bewertete die angewandten Praktiken und Politiken als verbreitet und systematisch. Sie seien daher Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Völkerrechts. In die Regierungszeit von Fujimori fielen zudem mehrere Massaker. Zwei dieser Gräueltaten sollten schließlich zu seiner Verurteilung führen. In dem Viertel Barrios Altos der Hauptstadt Lima töteten Mitglieder der aus Militärangehörigen bestehenden Todesschwadron Grupo Colina am 3. November 1991 fünfzehn Personen und verletzten vier weitere. Die Opfer wurden verdächtigt, mit dem Sendero Luminoso in Verbindung zu stehen. Später kam die Ju-

stiz allerdings zu der Schlussfolgerung, dass es sich nicht um Terroristen gehandelt habe. Am 18. Juli 1992 entführte wiederum die Grupo Colina einen Professor und neun Studierende der als La Cantuta bekannten Nationalen Universität für Bildung Enrique Guzmán y Valle. Diese wurden verdächtigt, Angehörige der genannten Guerillagruppe zu sein. Die Entführung war eine Reaktion auf einen Autobombenanschlag in Lima. Dieser hatte zwei Tage zuvor vierzig Menschenleben gefordert. Die zehn Entführten wurden von den Mitgliedern der Todesschwadron gefoltert und anschließend hingerichtet.

Verurteilung und Begnadigung

Fujimori konnte die Präsidentschaftswahl sowohl im Jahr 1995 als auch im Jahr 2000 für sich entscheiden. Allerdings wurden nach seiner zweiten Wiederwahl Korruptionsvorwürfe gegen ihn erhoben. Da sich der Präsident immer stärkerem Druck ausgesetzt sah, versuchte er sich seinem drohenden Schicksal zu entziehen und setzte sich bei einer Reise nach Brunei Darussalam nach Japan ab. Dem Kongress teilte er seinen Rücktritt per Telefax mit. Da Fujimori inzwischen auch wegen der Menschenrechtsverletzungen in seiner Amtszeit mittels eines internationalen Haftbefehls gesucht wurde, bemühte er sich um die japanische Staatsangehörigkeit. Diese erhielt er Ende des Jahres 2000 und war somit vor einer Auslieferung an Peru geschützt. Bei einem Besuch in Chile im Jahr 2007 wurde der ehemalige Präsident dann jedoch verhaftet und an das Nachbarland Peru überstellt. Dort wurde er schließlich aufgrund seiner Verantwortlichkeit für die Massaker verurteilt. Zu einem Schuldspruch wegen der Zwangssterilisationen kam es damals aus einem Mangel an Beweisen allerdings nicht.

Bereits vor der Verurteilung waren das Barrios Altos- und das La Cantuta-Massaker Gegenstände von gerichtlichen Verfahren vor dem Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshof. In den Jahren 2001 und 2006 verurteilte der Gerichtshof Peru wegen Verletzungen von Rechten aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention. Der peruanische Staat habe die Rechte der Opfer auf eine Rechtspersönlichkeit (Art. 3), Leben (Art. 4), menschliche Behandlung (Art. 5), persönliche Freiheit (Art. 7) und ein faires Verfahren und Rechtsschutz (Art. 8 und Art. 25) verletzt. In beiden Fällen ordnete das Gericht in San José an, dass die Sachverhalte zu untersuchen seien und die verantwortlichen Personen identifiziert, verfolgt und verurteilt werden müssten.

An Heiligabend 2017 begnadigte der damalige Präsident Perus, Pedro Pablo Kuczynski, Fujimori aus humanitären Gründen. Eine medizinische Untersuchung hatte zuvor ergeben, dass dieser unter einer fortgeschrittenen Krankheit leiden solle. Bei einer regulären Verbüßung der Haftstrafe wäre das ehemalige Staatsoberhaupt an deren Ende 93 Jahre alt gewesen. Gegen das Vorgehen des Präsidenten wurde der Vorwurf erhoben, die Begnadigung sei Teil einer politischen Absprache mit der Partei Fuerza Popluar, die zu diesem Zeitpunkt die Parlamentsmehrheit stellte und deren Vorsitzende Alberto Fujimoris Tochter, Keiko Fujimori, war. Kurz zuvor hatte Kuczynski ein eigentlich von der Fuerza Popular initiiertes Amtsenthebungsverfahren überstanden, bei dem sich dann aber zehn Abgeordnete ihrer Stimme enthielten.

Konflikt zwischen Peru und dem Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshof

In Ausübung der Überwachungsfunktion bezüglich seiner Urteile erließ der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof mehrere Resolutionen hinsichtlich der beiden Entscheidungen aus den Jahren 2001 und 2006, mit denen die vollständige Umsetzung seiner Anordnungen verlangt wurde. Im Mai 2018 ersuchte der Gerichtshof die peruanischen Behörden in einer solchen Resolution darum, zu untersuchen, ob eine gerichtliche Überprüfung der humanitären Begnadigung von Fujimori möglich sei. Hierzu stellte das Gericht zunächst fest, dass im Rahmen einer solchen Überprüfung verschiedene Bedingungen erfüllt sein müssten. Zunächst sei das Recht der Opfer auf Zugang zur Justiz zu beachten. Weiterhin müsse die Verhältnismäßigkeit bei der Verurteilung und der anschließenden Haftstrafe gewahrt werden. Darüber hinaus wären Fujimoris Rechte auf Leben, Gesundheit und persönliche Integrität zu sichern. Es wurde zudem darauf hingewiesen, dass eine Gefängnisstrafe nicht in eine Todesstrafe umgewandelt werden dürfe. Der Gerichtshof hatte auch schwerwiegende Zweifel daran, dass die Voraussetzungen für eine humanitäre Begnadigung nach peruanischem Recht vorliegen würden. Der politische Kontext um das Amtsenthebungsverfahren von Präsident Kuczynski und Ungereimtheiten bei der Beurteilung des Gesundheitszustandes von Fujimori hätten ebenfalls Anlass zu Besorgnis gegeben.

Der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof hob weiterhin hervor, dass es in Fällen von schweren

Straftaten gegen das Völkerrecht einerseits und Begnadigungen aus Gesundheitsgründen andererseits nötig sei, die Gesundheit der inhaftierten Person zu berücksichtigen, aber ebenso müsse darauf geachtet werden, ob

> „a substantial part of the sentence has been served and the civil compensation imposed in the sentence has been paid; the behaviour of the convicted person with regard to the clarification of the truth; the recognition of the seriousness of the crimes committed and their rehabilitation; and the effects that early release would have on society and on the victims and their families."

Der Oberste Gerichtshof Perus hob daraufhin im Oktober 2018 die Begnadigung Fujimoris wieder auf. Dieser wurde anschließend erneut inhaftiert. In der Folgewoche verabschiedete der Kongress allerdings mit der Mehrheit der Fuerza Popular ein Gesetz, wonach bei älteren Verurteilten eine elektronische Aufenthaltsüberwachung statt einer Gefängnisstrafe ausreichend sein solle. 2021 beantragte Fujimori, die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aufzuheben. Im März 2022 setzte das Verfassungsgericht die humanitäre Begnadigung wieder in Kraft. Daraufhin wurde vom Justizministerium wiederum der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof angerufen. Dieser kam in einer Resolution aus dem April 2022 zu dem Ergebnis, dass Fujimori nicht freigelassen werden dürfe, da Peru seinen Verpflichtungen aus den Standards zur Überprüfung von humanitären Haftaussetzungen nicht nachgekommen sei. Im Nachgang zu der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 4. Dezember reagierte der Präsident des Menschenrechtsgerichts mit einer weiteren Resolution, mittels derer er versuchte, die Freilassung von Fujimori zu verhindern, um die Opferrechte zu schützen.

Das Verfassungsgericht stellte sich bei seiner Entscheidung – in Reaktion auf die Resolution aus dem April 2022 – auf den Standpunkt, dass der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof keine Befugnis dahingehend habe, über die Nichtumsetzung einer Entscheidung als Teil seiner Überwachungsfunktion zu befinden. Diese Rechtsauffassung steht allerdings in direktem Gegensatz zu verschiedenen Regelungen im Prozessrecht des Gerichtshofes. Nach Art. 62 Abs. 1 und 3 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention erkennen alle Vertragsstaaten ipso facto die Zuständigkeit des Gerichtshofes in allen Angelegenheit bindend an, deren Gegenstand die Auslegung oder die Anwendung der Konvention ist. Dabei unterfallen alle konkreten Fälle dieser Zuständigkeit, bei denen die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Verfahren vor dem Gerichtshof gegeben sind. Nach Regel 69 Abs. 4 der Verfahrensregeln des Gerichtshofes kann dieser innerhalb seiner Überwachungszuständigkeit zudem den Implementierungsstatus seiner Urteile überprüfen und die notwendigen Anordnungen zu deren Umsetzung erlassen. Nach dieser Rechtslage ist damit für die Rechtsauffassung des peruanischen Verfassungsgerichts kein Raum.

Eine Niederlage für die Menschenrechte

Die Aufarbeitung der Menschenrechtsverletzungen in Peru während der Zeit der bewaffneten Auseinandersetzungen zwischen der Regierung und den linksgerichteten Rebellengruppen sowie der Zwangssterilisationen stellt bis heute eine Bürde für den südamerikanischen Staat dar. Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen, der die Einhaltung und Implementierung des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte überwacht, empfahl Peru in seinen Abschließenden Beobachtungen zum sechsten periodischen Bericht des Staates über die Situation der Paktrechte noch im Frühjahr 2023:

> „The Committee reiterates its previous recommendations regarding impunity for serious human rights violations. The State party should comply with its obligation and, as a matter of priority, increase its efforts to investigate all human rights violations committed during the period of violence from 1980 to 2000, prosecute the perpetrators, impose penalties commensurate with the gravity of the offences where appropriate, provide measures of non-repetition and afford full reparation to all victims and their families, including adequate compensation. It should also provide adequate resources to strengthen efforts to acknowledge responsibility, ascertain the truth, locate missing persons and foster and preserve memory."

Die in den Beobachtungen angeführte Straflosigkeit wird in dem „Set of Principles for the Protection and

Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity", einem Soft-Law-Dokument der ehemals bestehenden Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen aus dem Jahr 2005, definiert als „die Unmöglichkeit, de iure oder de facto, Straftäter zur Rechenschaft zu ziehen, ob in Straf-, Zivil- oder Disziplinarverfahren, da sie keiner Ermittlung unterworfen werden, die dazu führen könnte, dass sie angeklagt, verhaftet, verurteilt und, falls sie schuldig gesprochen werden, zu angemessenen Strafen verurteilt werden und ihren Opfern Entschädigung zuteil wird." Die Verurteilung des ehemaligen Präsidenten Perus im Jahr 2009 war als großer Sieg im Kampf gegen Straflosigkeit gelobt worden. Prinzip 24 des Set of Principles sieht zudem eigentlich vor, dass Amnestien und ähnliche Maßnahmen restriktiv zu handhaben sind.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts und die darauffolgende Haftentlassung Fujimoris wurden vor diesem Hintergrund scharf kritisiert. Der Hohe Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte, Volker Türk, ließ über seinen offiziellen Account bei dem Kurznachrichtendienst X verlauten, dass die Freilassung des ehemaligen Präsidenten entgegen der Anordnung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofes besorgniserregend sei. Jede humanitäre Begnadigung von Personen, die für schwere Menschenrechtsverletzungen verantwortlich seien, müsse in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht stehen. Von mehreren thematischen Berichterstatter:innen des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen war zudem vorgebracht worden, dass Begnadigungen in solchen Fällen nur dann rechtmäßig seien, wenn akute lebensbedrohende Krankheitsbilder bei der inhaftierten Person zu verzeichnen wären. Hingegen könnten Faktoren wie der normale Ablauf der Zeit, hohes Alter oder der allgemeine gesundheitliche und geistige Zustand eines Inhaftierten keine Rolle spielen. Menschenrechtsorganisationen wie Human Rights Watch und die Internationale Juristenkommission übten ebenfalls Kritik.

Diesen Beurteilungen ist zuzustimmen. Die Entlassung von Fujimori aus dem Gefängnis ist ein schwerer Schlag für den Kampf gegen Straflosigkeit und in Bezug auf die Opfer von Menschenrechtsverletzungen in Peru. Der ehemalige Präsident hat trotz seiner Verurteilung niemals seine Verantwortung eingestanden oder Reue für die Taten gezeigt, die unter seiner Regierung begangen wurden. Wird das Schicksal von strafrechtlich verurteilten Personen zudem zum Gegenstand politischer Ränkespiele gemacht, untergräbt dies die Glaubwürdigkeit der beteiligten Institutionen im höchsten Maße. Gleichzeitig ist die Entscheidung des Verfassungsgerichts eine Niederlage des etablierten interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte, da den bindenden Entscheidungen des regionalen Menschenrechtsgerichtshofes nicht nachgekommen wurde. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Länder Lateinamerikas im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der verschiedenen Bürgerkriege und Diktaturen sowie anderer menschenrechtswidriger Situationen immer wieder mit der „impunidad" bezüglich von Menschenrechtsverletzungen zu kämpfen hatten und haben, wurde dem Recht und seinen Mechanismen in dieser Weltregion nunmehr ein schlechter Dienst erwiesen. Unklar bleibt zudem, wie sich die Entscheidung auf anhängige Verfahren gegen Fujimori wegen der Zwangssterilisationen und weiterer Verletzungen der Menschenrechte auswirken wird.

Stefan Oeter

Perils and Pitfalls of Israel's New "War on Terror"

doi: 10.17176/20231204-141405-0

Over the last weeks, we were forced to realize that the way our – i.e. German – public opinion (and politicians) react to the ruthless assault of Hamas on 7 October differs markedly from the intuitions of the broad public in the Islamic world (and large parts of the ´Global South´ in general). Whereas our media (and speeches of politicians) are full of references to Israel´s right to self-defence, the sentiments voiced on the streets in the Middle East (and publicly stated by politicians such as Turkish President Erdogan) go in the opposite direction, stress the legitimate cause of the Palestinians and term the Hamas as a movement of national liberation. Such a narrative of liberation fighters leaves most of us with a strong dose of unease.

Clearly there is a legitimate cause in the fight of Palestinians against endless occupation. But do ends really justify means, at all price, as the praise for Hamas seems to suggest? A closer look to the normative underpinnings of current international law confirms the intuition that this is more than doubtful, as a thorough analysis of the (intensely debated) provisions on the status of movements of national liberation in IHL tells us. The issue of wars of national liberation led, in the context of the diplomatic conference of 1973-1977, to long and protracted debates. At the end, the contracting parties of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions (AP I) agreed in Article 1 para. 4 AP I on including wars of national liberation in the scope of application of the Geneva Convention system. As a corrective, however, Article 96 para. 3 AP I foresees a specific declaration of a movement of national liberation if it wants to activate the legal rights and duties set out in the Geneva Conventions system – a declaration conditioned by the declared intent to apply all the legal disciplines of the Geneva Conventions and the Protocol. With other words: A ´liberation movement´ can only attain a respectable legal status as a party under the treaty system if it accepts to be bound by all the duties under the Geneva Conventions and AP I. But such a step entails the basic commitment to spare civilians and to operate according to the basic principles of distinction and proportionality.

Hamas is far away from such a commitment – just to the contrary, its ideological program defines the Jewish people in its totality as an enemy which must be eliminated. The massacre of 7 October where armed fighters were raiding the southern part of Israel, going from house to house in order to murder all the local inhabitants found present, irrespective whether they be elderly people, children, men or women, soldiers or civilians, ran counter to all fundamental principles of humanitarian law. Such a deliberate attack on the civilian population is a blatant violation of the letter and spirit of the Geneva Convention system (see also Asseburg and Wiese, Verfassungsblog 20.10.2023). It constitutes, in the context of non-international armed conflict, a war crime in the sense of Art. 8 (2) lit. c (i) and Art. 8 (2) lit. e (i) Rome Statute. Not enough, Art. 7 (1) lit. a Rome Statute qualifies the same type of deliberate killings of civilians, if committed in the context of an extended and systematic attack on the civilian population, as a crime against humanity.

The legal assessment under the perspective of international law, thus, is crystal-clear: Hamas is far away from being a legitimate movement of national liberation – it constitutes a ´Joint Criminal Enterprise´ formed to commit crimes under international criminal law. The deeply criminal character of the assault means that we are not talking of a typical case of self-defence against an armed attack by another public actor but should understand the logic of the interaction in a law-enforcement perspective. This does not necessarily limit itself to police operations and criminal prosecution. There might exist an element of self-defence even in the fight against terror organizations, at least if the armed (criminal) organization is so strong in its potential of violence and so organized in military terms that traditional law-enforcement would inevitably fail (definitely the case with Hamas).

The need for a military counter-reaction, however, re-

sults in a deep dilemma. The criminal assault of 7 October has deeply traumatized Israeli society and has shattered the basic sense of security underlying daily life in Israel. In light of this, it would be completely unacceptable for Israeli society to appease Hamas again, trying to find an arrangement with the organization. In political terms, any Israeli government, irrespective of its political color, is doomed to go decidedly against the military structures of Hamas. International law (at the level of ´jus ad bellum´) is robust enough to allow for such a military campaign. But this finding does not resolve the question of the legality of military reactions in its entirety. The military campaign must also conform to the provisions of international humanitarian law. In this aspect, however, the Israeli campaign raises evident problems (see also Ambos, Verfassungsblog 17.10.2023). The intuitions of the current right-wing government of Israel to demonstrate utmost resolve have resulted in excessive measures blatantly incompatible with the laws of armed conflict. The most striking issue insofar is the complete cutting-off of Gaza from all types of supplies – electricity, fuel, foodstuff, medical goods – for a prolonged period, resulting in a complete ´siege´ of Gaza. Such a strategy of condemning the civilian population to starvation is explicitly prohibited under IHL, as can be seen from Art. 54 (1) AP I and Art. 14 AP II – both seen as expressing a rule of customary law (see Lauterbach).

Not that easy to answer is the core issue of collateral damages. Hamas, as a violent Jihadist organization de facto ruling the Gaza strip since more than 15 years, has in a very cynical way carefully prepared the ground for the battle raging now. "Prepared the ground" can be understood here in a very literal sense. The design of the military underground system of tunnels, caves and bunkers has deliberately placed the most important components of the subterranean military infrastructure directly under essential facilities of the critical civilian infrastructure, such as hospitals and schools, and in general beneath the most densely populated areas of civilian housing (see Cohen) The cynical calculus of such a spatial design is obvious – Israel shall be confronted with a deep ethical dilemma when going militarily against Hamas. The strategy, in essence, is oriented towards maximizing potential collateral damages among the Palestinian population. It means deliberately sacrificing significant parts of the civilian population for the political ends of Hamas.

The resulting dilemma for the Israeli military campaign is obvious. If Israel really wants to go against Hamas and to crush its organizational structures and its military infrastructure, this inevitably means that the attacker must calculate with enormous amounts of collateral damages among the civilian population. Even if you try to minimize such collateral damage as far as possible, this can only partly resolve the problem – the situation systematically created by Hamas condemns Israel to accept thousands over thousands of killed civilians if the campaign shall succeed (see also Medina and Enoch, Verfassungsblog 17.10.2023). This does not mean in itself that the horrible dimension of collateral damage per se leads to making such a campaign illegal.

The rules on collateral damage in IHL are quite robust and cover in extreme cases (such as that of the current Gaza campaign) even significant amounts of collateral damage; sheer numbers, even if they amount to thousands, do not tell us that much about the ´excessiveness´ of collateral damages in a legal sense. The law requires only, as is formulated in Art. 51 (5) (b) AP I, that any attack is prohibited "which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". Two of the three analytical steps that must be undertaken in assessing the proportionality of incidental losses have a strongly prognostic character. The difference between military objectives and civilian objects is of a situative nature, depends very much on the concrete context – and the same is true for an assessment of the 'expected' incidental losses. In essence that makes the findings at the basis of the proportionality evaluation quite subjective – an evaluation which ends up in a balancing of two rather diverse aspects. If the "concrete and direct military advantage anticipated" is of extremely high value, this may justify on the other side also very significant amounts of incidental losses.

As a result, one may well argue that Israel´s campaign insofar still stays inside the bounds set up under humanitarian law – but does this really help in the information battle raging since weeks in the global public? One should have doubts about this. The extreme robustness of the existing rules on collateral damage is already difficult to explain in the peace-minded publics of the West. As far as large parts of the global public opinion are concerned, Israel has definitely lost the propaganda war. The emotions of sympathy with the Palestinian cause, nouris-

hed by the blatant injustice going along with the prolonged occupation of Palestinian territories, now combines with a strong resentment of a presumed hypocrisy of the West. Why do you feel so shocked by less than 1500 Israelis dead, while more than 10.000 dead Palestinians do not concern that much? It is not easy to counter that argument – the reference to the legal differences between a deliberate (criminal) assault against a civilian population and the assumed legality of a military campaign with enormous numbers of tolerated collateral damages under innocent civilians seems not the right argument to convince publics in the Global South (and in particular the Islamic world). The depressing conclusion: The cynical calculus of Hamas seems to work and is on the way to achieve its intended results.

Bearing in mind the experiences of the US-led ´war on terror´ in the aftermath of 9/11, President Biden warned Israel not to fall victim to the intuitions of vengeance and not to repeat the mistakes made by the United State previously in its ´war on terror´ after 9/11. Although the purpose of effectively fighting terrorism in such a case needs the recourse to military means, the use of military force alone will never achieve the intended results. It must be accompanied by a sensible political strategy of tackling the underlying grievances. But what does that mean in the context of the Gaza campaign? Does the Israeli government have a clear idea how to deal in political terms with the situation in Gaza after the campaign will have achieved its intended goal? The answer probably is negative. The first ideas becoming visible in the fog of war point to a renewed tightening of Israeli control over the territory. After what has happened on 7 October, it is understandable that Israel wants to retain a strong degree of security control over Gaza. But re-establishing territorial control means going back to some form of direct occupation, even if moderated by (yet unknown) structures of local self-administration. Such an arrangement might only work with the iron fist of an Israeli security apparatus keeping down all kinds of dissidence. And the harsh campaign of bombing and widespread destruction even adds to the problem. Who is going to rebuild the infrastructure and housing for the more than 2 million people living in Gaza? The Arab states that would have the resources needed for such a concerted effort have already made clear that they are not going to step in, at least as long as there is no prospect for a sensible progress towards resolving the Palestinian issue. As an occupying power, Israel would bear alone the responsibility to reconstruct a functioning infrastructure of public services and adequate housing – but is Israel willing to do that?

Israeli society is ill-prepared to face the core dilemma lurking in the background. Ami Ayalon, former director of the Israeli Security Agency (Shin Bet), has written in an opinion piece recently published (together with two other authors) in Foreign Affairs that the horrific events of 7 October do only demonstrate "how unsustainable, and volatile, this abnormal reality" (of prolonged occupation) is. "It only helps", he added, "to create fertile soil for the flourishing of the most inhumane forms of terrorism."

With other words: As long as Israel does not try to find an equitable and just solution for the Palestinian question, there will be no way to achieve stability and sustainable security for Israel. Israel will end up again in a precarious and threatened security situation, will become isolated as a (hated) outsider in its region. The policy of ´normalization´ with the Arab states while sidelining the Palestinian question has blatantly failed. Relying on sheer military power might help for some time, but as a friend of Israel one should be concerned that such a path will end up in a political dead end. I am not sure that Israeli society is ready to handle productively the elementary choice that it is confronted with. If Israel does not take courageous steps out of the ´abnormal reality´ into which prolonged occupation has brought it, the security situation of Israel might become ever more dramatic.

Lea Köhne

(State) Immunity for Palestine?

doi: 10.17176/20231219-111200-0

On December 11, 2023, the Berlin Public Prosecutor's Office decided to discontinue investigations against Mahmoud Abbas, the President of the Palestinian National Authority. The declared reason for doing so lies in his immunity pursuant to Section 20 para. 1 of the German Courts Constitution Act (GVG). The decision is instructive with regard to Germany's understanding of sovereign immunity and Palestine's role in international relations.

The background to the case at hand

In a joint conference with Olaf Scholz in August 2022, – and thus long before the start of the current conflict – Abbas had compared Israel's conduct in Palestinian villages to the Holocaust. In the aftermath, two criminal charges were filed against Abbas, based on Section 130 para. 3 of the German Criminal Code (StGB). The Public Prosecutor's Office considered the criteria of Section 130 StGB fulfilled (approving, denying or trivializing an act committed under the rule of National Socialism). Yet, both the Public Prosecutor and the Foreign Office (whose report the former relied upon) held that Abbas enjoys immunity. For this reason, all charges against him were dropped.

The relevance of Section 20 para. 1 GVG

Section 20 para. 1 GVG reads: "German jurisdiction also shall not apply to representatives of other *states* [...] who are staying in the territory of application of this Act at the official invitation of the Federal Republic of Germany" (emphasis added). It is crucial to note that this provision is not directly applicable, given that Palestine's statehood is disputed. At this point, however, the Public Prosecutor's Office resorts to an analogy. Under German law, the two preconditions for such an analogy are the existence of an unintended regulatory gap and a situation of comparable interests. Insofar, the Prosecutor argues that the purpose of Section 20 para. 1 GVG is to keep contacts between subjects of international law at the highest level of government free from problems arising from criminal prosecution. In the Prosecutor's opinion, this is a situation not directly regulated by law but comparable to those explicitly regulated.

The stance of German Courts on the statehood of Palestine

After Palestine's admission to the UN as an observer state, the ICC was instrumental in fostering the recognition of Palestine's statehood: In 2015, Palestine was recognized as a state party to the Rome Statute – despite the fact that only states may accede to it (Article 125 para. 3 of the Statute). To this day, Germany has not recognized the statehood of Palestine. Likewise, German courts, especially the administrative courts, have so far strictly rejected the statehood of Palestine.

An alleged breakaway decision was rendered on January 19, 2021: In a family law case, a divorce decree from Palestine was recognized as a "state of origin decision." However, in a private international law context, "state of origin" is to be understood in a functional sense, meaning that only the actual exercise of jurisdiction matters, not the recognition of a state under international law. As *Talmon* describes, the reason lies in the differences between public and private international law: "[Nationality in private international law] is based *not* on State sovereignty but on the exercise of jurisdiction; that is, the capacity to make and enforce the law. It does not govern the relations between States, but the legal relations between private individuals" (emphasis added). Hence, the German legal system apparently makes a clear distinction between the exercise of jurisdiction in a broader, functional sense and state sovereignty *stricto sensu*.

Thus, for better or worse – the German courts stick to their position: Palestine is not a state.

Back to the basics: Unintended regulatory gap and comparable interests?

The decision of the Public Prosecutor's Office is, in principle, in line with the courts' position. As Palestine lacks

statehood and Sections 18 and 19 GVG are not applicable, the only feasible option to close the investigations against Abbas was an analogous application of Section 20 GVG. However, it is questionable whether the two requirements for an analogy to exist are met: The existence of (1) an *unintended regulatory gap* and (2) a situation of *comparable interests*.

(1) The origin of Section 20 GVG lies in its current paragraph two, which explicitly grants immunity according to the general regulations and agreements under International Law. Today's first paragraph was explicitly introduced into the GVG in 1984 to grant immunity to Erich Honnecker, the head of state of the German Democratic Republic (GDR). This move was necessary since the Federal Republic of Germany did not recognize the GDR as a "foreign" state at that time, wherefore Section 20 GVG – in its original version – was inapplicable to Honnecker, at least in the opinion of some commentators.[1] The new paragraph 1 of Section 20 GVG was thus intended to ensure that Honnecker nevertheless enjoyed immunity as a representative of the GDR. The wording was hence changed from "head of state" to "representatives of other states." For this reason, Section 20 para. 1 GVG is regularly referred to as "lex Honnecker."

While, in terms of legal history, this is more of an individual case law approach, the requirement of the "state" has not been abandoned. For example, it would have been conceivable to grant immunity to international representatives in general to whom an official invitation had been issued. Against this backdrop, it is not a foregone conclusion that there is an *unintended regulatory gap*. Still, one may argue that the Federal Republic did not foresee the future implications of this provision, given that the debate on statehood and subjectivity under international law was not as advanced as it is today.

(2) However, even if one holds that a regulatory gap exists, it is highly questionable whether "*comparable interests*" exist. A situation of "comparable interests" is assumed to exist whenever the situation not expressly regulated by law is one to which the legal principle in question (also) applies (in principle) due to its similarities.[2] The statement of the Public Prosecutor's Office that the immunity regime established by Section 20 GVG serves to "keep contacts between subjects of international law [...] free from the problems arising from criminal prosecution," reads as if Section 20 GVG is a mechanism to facilitate peaceful international relations. As becomes clear in Section 20 para. 2, the immunity provision of the GVG establishes, first of all, a link with the public international law on immunity. It should thus be asked: Does the opinion of the Public Prosecuter coincide with the prevailing understanding of sovereign immunity in international law?

State immunity is probably one of the most incontrovertible pillars of international law, which has also been confirmed by the ICJ. The doctrine goes back to the maxim "*par in parem non habet imperium*", i.e. no state may exalt its authority over another. According to the prevailing opinion in public international law, immunity arises from the equality, independence, and dignity of states within the international community.[3] This principle is also reflected in Article 2 para. 1 of the UN Charter (sovereign equality of states). The sovereign immunity, in turn, is expressed in different forms. Importantly, the head of state derives his/her immunity directly from the state itself. He/she is the personification of the state, and hence, his/her official acts are to be considered the acts of the state. This very conception is the source of immunity *ratione materiae* and *ratione personae*. In contrast to private international law, which builds on the exercise of functional jurisdiction, public international law derives immunity directly from the existence of the state – and, in the same vein, state sovereignty – itself. In addition to protecting and upholding the sovereign equality of states, immunity – though at times a controversialtopic – serves to protect the dignity of the head of state. Crucially, it is once again the dignity of the sovereign state that is likewise protected, albeit in a mediated form.[4] There are no indications in public international law that immunity is generally meant to facilitate the smooth running of international relations.

To resume: Public international law clearly distinguishes between states and non-states in terms of immunity. Hence, the two cases are hardly "comparable." Gran-

[1] Blumenwitz, Genießt der Vorsitzende des Staatsrats der DDR in der Bundesrepublik Immunität nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts?, JZ 1985, p. 615.

[2] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3rd ed. (1995), p. 202.

[3] Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, 2015, p. 7.

[4] Akande/Shah, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, EJIL 2011, p. 824.

ting immunity irrespective of the existence of a state is not required under international law. Therefore, arguing that an analogy to Section 20 para. 1 GVG is necessary given the commitment of the Basic Law to international law would also not be conclusive. In this respect, it would be necessary to further elaborate on whether and to what extent an "excessive implementation" of the immunity rules, as carried out by the Public Prosecutor's Office, is to be deemed acceptable under public international law.

Conclusion

From a formal perspective, the Public Prosecutor follows the previous line of jurisprudence that Palestine is not a state under international law. At the same time, the decision to discontinue investigations against Mahmoud Abbas shows the constraints of public international law (on immunities) in the context of complex political realities. Even though Palestine has not officially been granted statehood, the Public Prosecutor's Office understands the Palestinian territories as a "subject of international law." Yet, what kind of subject and what follows from this is unclear. The status of Palestine remains highly disputed, both politically and legally. However, simply holding that "Palestine is not a state" won't do anymore. Against this backdrop, the decision made by the Public Prosecutor's Office raises crucial questions: How much "state" do we legally attribute to a "quasi-state"? And doesn't this merely conceal the inconsistencies in dealing with Palestine? After all, both the Foreign Office and the Public Prosecutor thought it wrong not to grant state-like immunity to the head of the Palestinian Autonomous Territory.

Eric Rücker

Can Germany Remain Silent?

On the Legality of Statements on Israeli Warfare in Gaza

doi: 10.17176/20231221-111145-0

Germany's stance on the current Israel–Hamas conflict has drawn significant attention. The persistent and sometimes apodictic reference by some to the *Staatsräson* in relation to Israel has been equally criticized.

As far as compliance with International Law (IL) was discussed within the Federal Government, the initial focus was predominantly on the *jus contra bellum*—the grounds on which a State may resort to the use of force. Later, when statements also extended to the *jus in bello* or International Humanitarian Law (IHL)—the rules of conduct during an armed conflict—important elements such as the principle of non-reciprocity were overlooked. On November 22, 2023, a Foreign Office spokesman for example said (own translation):

> "Israel is defending itself against Hamas terror within the framework of [IL], and if there is one actor in this conflict that really does not abide by [IHL] at all, it is Hamas, which is hiding behind the civilian population in Gaza."

On December 5, 2023, Annalena Baerbock adopted a somewhat more assertive stance, moving beyond Olaf Scholz' reliance on good faith for compliance. Nevertheless, she abstained from explicitly condemning specific actions that may have breached IHL (own translation):

> "Israel has a responsibility to comply with [IHL], to alleviate civilian suffering, and to protect the civilian population in the process. Because too many Palestinians have already fallen victim to this conflict."

But is Germany *legally* obligated to do so? It was alleged on Verfassungsblog that the German "unreserved", and "particularly affirmative position" violates IHL. Elsewhere it was claimed that Germany, along with other States failing to utilize their full repertoire of diplomatic options (including "[calling] for a permanent ceasefire"), is in breach of its own IHL-responsibilities.

Admittedly, IL does have a say when organs of States speak. Nevertheless, the intricacies of this matter go beyond first impression. I submit that such a duty is not as easy to derive in the present case as is suggested by opposing views—especially those, that rely on (prominent) article-by-article commentaries as *argumentum ab auctoritate* (p. 1897). And ultimately, understanding the scope of these rules can help us decide how to approach (criticism of) Germany's stance on Israel's conduct in the ongoing conflict in Gaza.

"Free Speech": What A State Can Do

While it may seem like a truism, it is important to emphasize this starting point: In the absence of international obligations, a State has almost (p. 99) unlimited freedom to engage in and abstain from virtually any action within its purview. This is a manifestation of their sovereignty and the principle that IL must be consensus-based. Under the Lotus principle, restrictions cannot simply be assumed (p. 18).

In the 21st century, we are further away than ever from this conceptual "state of nature" of IL. A multitude of treaties and customary international law (CIL) restrict the freedom of today's States. However, they generally retain a very own domain reserved for independent action—a *domaine réservé*—that is an area in which they can assert their sovereign will without external interference through coercion (para. 205). This includes not only decisions over the organization of the internal system but also the formulation of foreign policy (*supra*). Consequently, States are *prima facie* free in their foreign policy and quite literally in its formulation.

What a State Must or Need Not Do

However, this right is not without limits and it must not interfere with another *domaine réservé* (as per principle of non-intervention, *cf.* Friendly Relations Declaration, p. 123). Under CIL, situations created by a serious breach of *jus cogens* must not be recognized as lawful (*cf.* Article 41

(2) ARSIWA). Similarly, the International Court of Justice (ICJ) identified a *negative duty* "not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall" in the OPT (para. 159) in its Advisory Opinion, addressing the right to self-determination of the Palestinian people. But it is a *duty not to perpetuate the wrong*, not a duty to take measures that would per se be unlawful (cf. Article 54 ARSIWA).

In the advisory opinion on South Africa's illegal occupation of Namibia, the ICJ spoke of an "obligation to recognize [this] illegality" (para. 119). The basis for South Africa's presence had ceased to exist following the termination of her mandate by the General Assembly. After the Security Council (SC) also dealt with this matter and declared the continued presence illegal, the ICJ had to assess the legal consequences for other States arising from this situation. And it did acknowledge a *positive duty* of UN member States *to recognize the unlawfulness* but it based this on the preceding SC resolutions (*supra*: primarily S/RES/269(1969) and S/RES/276(1970)). Contrary, for States not members of the UN, and therefore not addressees of these SC resolutions, South Africa's continued presence did not constitute an *erga omnes* obligation (para. 126).

Now what does that mean for Germany? Let us imagine that Israel were to consider annexing the Gaza Strip during her operations against Hamas. In this case, Germany would be prohibited from recognizing it as Israeli territory. Of course, this scenario seems unlikely, given that Germany considers Israeli occupation of territories outside the pre-1967 borders as "contrary to [IL], as an obstacle to peace, and as a threat to the foundations of the two-state solution" (own translation).

An Obligation to Condemn: What a State Must Do?

It was suggested on Verfassungsblog and elsewhere that Common Article 1 of the Geneva Conventions (CA1) imposes an obligation for one State to ensure another's compliance with IHL. A view in line with the—in this regard controversial—ICRC's 2016 commentary. While this general notion of CA1 containing an (external and positive) obligation towards another State has been widely discussed critically, I want to clarify that it is not a straightforward deduction and remains on uncertain footing.

CA1 undisputedly prescribes respect for the State itself ("respect"), and respect by individuals under its jurisdiction ("ensure respect"). Furthermore, the ICRC reads an inter-State obligation into the wording "ensure respect" (para. 154). What misses the mark, however, is concentrating on the ordinary meaning of "to undertake" by trying an analogy to the ICJ's Bosnian Genocide Case. It is much more a yardstick for the obligations mentioned thereafter which stand on their own, and a matter detached from "the scope of the obligation [to prevent]" (para. 162).

For the derivation of such an inter-State obligation, reference is often (e.g., here and here) made to the ICJ's Nicaragua Case (in particular para. 220). This, however, is not correct, as the judgment addresses the United States' own conduct, particularly the CIA providing manuals to the Contra Rebels (para. 255). Additionally, the ICRC utilizes the Congo Case (para. 211 and 345(3)), which solely pertains to the obligations of an occupying power in occupied territory (*cf.* para. 218). There is no basis for deriving an *external* dimension from these references.

The Wall Advisory Opinion does reference CA1, and notably, the Court broadens its scope by asserting that "every State party to [Geneva Convention IV], whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with" (para. 158). It also emphasizes that all parties were obligated "to ensure compliance by Israel with [IHL] as embodied in that Convention" (para. 159), and thus agrees with the view that CA1 has an external and positive dimension.

This expansion may be more attributable to the strong impact of the ICRC's commentary on the discourse (p. 425) than to genuine legal considerations. For instance, Judge Kooijmans questions its "correct[ness] as a statement of positive law" (para. 46 *et seq.*). And it would, of course, signify a grave misunderstanding of *erga omnes* obligations: the ICJ defines them as those in which the international community has a "legal interest" (para. 33). Therefore, consistent with CIL and Article 48 (1) (b) ARSIWA, all States have the *right to invoke responsibility* for a violation of IL, but they are *prima facie not obligated* to do so (p. 695).

When attempting to identify subsequent State Practice as means of interpreting CA1 (as per CIL, codified in Article 31 (3) (b) VCLT), it is key to note that urging another State to comply with IHL was not driven by extra-legal considerations, but by a perception of legal obligation (p. 690). The mere reference to the expertise on which the ICRC's CIL Study is based does not exempt the asser-

tion from being substantiated. After all, States play "the primary role in the development of IHL" (p. 41).

The SC's interpretation in S/RES/681(1990) para. 5 remains ambiguous (pp. 155-6). But evidence comes from the resolution's aftermath, or more precisely, the absence of such as the SC did indeed not reprimand contracting States for not encouraging compliance (*supra*). Furthermore, that promoting compliance with IHL is a political and not legal duty seems to be the understanding of the EU in its corresponding guidelines (para. 5).

Likewise, it is insufficient to simply rely on the fact that States did not object to this part of the CIL study (e.g., here, and here on p. 427). In reality, of the States that explicitly expressed their views on CA1 during an ILC session in 2022—Switzerland being the exception (para. 2.4)—all views were dismissive, namely from Canada (para. 10), Israel (para. 35), the UK (para. 8), and the USA (p. 5).

No Legal Obligation to Condemn

While it is often simpler to pinpoint an initial use of force as a breach of peace, measuring subsequent hostilities against IHL (especially in real time) and come to a clear conclusion is typically more intricate. At present, facts are opaque. This poses challenges in evaluating individual strikes, not to mention assessing an entire party's military campaign. For the sake of our discussion, let us, however, consider the possibility that Israel is responsible for violations of IHL.

If one were to accept such an interpretation of CA1 (or CIL) despite the preceding arguments, in particular despite dismissive State Practice, a crucial question emerges: Are all States obligated to take all available measures to prevent *each and every act* that would constitute a breach of the Geneva Conventions? Logically (p. 145), after every IHL breach *on this planet* there would be (1) automatic violations by States taking no action, (2) potential violations by States whose actions are considered insufficient (although by whom?), and at the same time (3) no violations by States taking no action at all simply because they are allegedly unable to do so.

In the pursuit of justice, there is a temptation to formulate an *erga omnes*, universal, and *de facto* overarching provision, requiring each State, even uninvolved ones, to be accountable for complying with IHL in all conflicts, be they international or non-international. Nonetheless, it becomes evident that presuming such a clause is not practically viable and would certainly lack support from the international community.

Conclusion

Exceptionally, a "serious risk" (para. 431) of genocide entails a positive obligation under Article I of the Genocide Convention "to undertake to prevent". To meet this criterion, there must be "active conduct aimed at precluding the occurrence of [...] genocide" (p. 46). Whereas the October 7 attack unequivocally qualifies as genocide, breaching both the Genocide Convention and Article 6 Rome Statute, it is, contrary to some—in parts doubtful—assertions more controversial, whether this is also true for the Israeli military campaign.

In any circumstance, the condemnation of grave violations of IHL, especially when systematic, is an imperative dictated by human values. It may be challenging for some to accept, but Germany is capable to demonstrate this commitment, even when the reprimand is directed at Israel, as seen earlier this year regarding Israel's "Law of Return". However, International (Humanitarian) Law itself does not impose a *general obligation* to comment on IHL-compliance. Providing selective commentary likewise does not necessarily constitute a breach of IHL. In this regard, and as emphasized earlier, rigorous standards must be applied when wanting to deduce such duty.

So, to answer the question I posed in the title: Yes, in my view Germany can *legally* remain silent. The discourse surrounding Germany's condemnation (or lack thereof) of Israeli (mis-)conduct in the present armed conflict should transcend a mere scrutiny of purported adherence to IHL and is better situated within an extra-legal realm. Evaluating this stance necessitates an examination through political and ethical lenses of a commitment to safeguard the existence of the State of Israel. Relying on IL merely as a means to kill an argument (p. 206) is certainly not the way to go.

Christian Tietje, Daniel Ulber

Das völkerrechtliche Streikrecht vor dem IGH

doi: 10.17176/20231204-143041-0

Lässt sich aus dem Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) ein Streikrecht ableiten? Diese Frage hat die IAO am 10. November 2023 an den IGH gerichtet. Wie der IGH die Frage beurteilt, hat über das Arbeitsvölkerrecht hinaus grundlegende Bedeutung für das Recht der internationalen Organisationen, die internationale Streitbeilegung und nicht zuletzt auch für die verfassungsrechtliche Interpretation der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und des Streikrechts in Deutschland und weltweit.

Eine Grundsatzfrage des Völkerrechts

Angesichts zunehmender globaler Krisen und damit einer scheinbar schwindenden Durchsetzungskraft des Völkerrechts rücken Rechtsentwicklungen, die Ausdruck funktionierender Normalität des Völkerrechts sind, oftmals aus dem Blickwinkel der öffentlichen Wahrnehmung. Dass der Verwaltungsrat der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) auf einer Sondersitzung am 10. November 2023 eine Resolution angenommen hat, mit der der Internationale Gerichtshof (IGH) um ein Rechtsgutachten gebeten wurde, ist ein solcher Fall.

Das Ersuchen bezieht sich auf die Frage, ob die IAO-Konvention Nr. 87 aus dem Jahr 1948 für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerorganisationen ein Streikrecht enthält. Die Konvention garantiert die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes für Arbeitnehmer- und Arbeitnehmerorganisationen.

Für das Arbeitsrecht geht es damit um eine Grundsatzfrage, hängt doch für Gewerkschaften die Möglichkeit, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten, entscheidend von der Möglichkeit zum Streik ab. So sehen etwa Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht in Tarifverhandlungen ohne Streikrecht rein "kollektives Betteln". Hinter dem Gutachtenersuchen an den IGH verbirgt sich zudem eine langjährige und tiefgreifende völkerrechtliche Auseinandersetzung, die weit über die Frage der zutreffenden Auslegung der IAO-Konvention Nr. 87 im Hinblick auf ein Streikrecht hinausgeht. Im Kern geht es um zentrale Fragen aus dem Recht der internationalen Organisationen, der internationalen Streitbeilegung und der ordnungspolitischen Bedeutung des Völkerrechts insgesamt. Die Entscheidung der IAO zur Gutachtenanfrage an den IGH ist daher weit über den Kreis von Spezialisten des Arbeitsvölkerrechts hinausgehend spannend und relevant.

Die IAO: eine außergewöhnliche Internationale Organisation

Um die völkerrechtliche und politische Relevanz der Entscheidung der IAO, eine Gutachtenanfrage an den IGH zu stellen, einordnen zu können, ist zunächst ihre einzigartige Organisationsstruktur in Erinnerung zu rufen. Die bereits 1919 zusammen mit dem Völkerbund gegründete IAO, deren Wurzeln bis zur ersten internationalen Arbeitsschutzkonferenz von 1890 in Berlin zurückreichen, war schon immer von einem Miteinander von staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren geprägt. In der Organstruktur der IAO gilt durchgängig das Prinzip der Dreigliedrigkeit (Tripartismus), d.h., dass in Organen der IAO im Verhältnis von 2:1:1 die Mitgliedstaaten sowie Repräsentanten der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite (Gewerkschaften) vertreten sind. An der Spitze der IAO stehen die Internationale Arbeitskonferenz und der Verwaltungsrat. In der Internationalen Arbeitskonferenz sind die heute 187 Mitgliedstaaten durch jeweils vier Vertreter repräsentiert, und zwar im Sinne der Dreigliedrigkeit im Verhältnis 2:1:1. Wichtigstes operatives Entscheidungsorgan ist allerdings der Verwaltungsrat, dem 56 Mitglieder, davon 28 Staatenvertreter und jeweils 14 Vertreter auf Arbeitgeber- und auf Arbeitnehmerseite, angehören. Seine Aufgaben sind Planung und Leitung der IAO. Ergänzend nimmt das internationale Arbeitsamt (Sekretariat) unter Leitung eines Generaldirektors die typischen exekutiven Sekretariatsaufgaben einer interna-

tionalen Organisation wahr.

Inhaltlich wird die Arbeit der IAO durch umfassende Tätigkeiten im Bereich der Rechtsetzung und der Überwachung der Einhaltung des IAO-Rechts geprägt. Dabei dominiert im Bereich der Überwachungstätigkeit die Berichtspflicht der Mitgliedstaaten an den Verwaltungsrat im Hinblick auf die Implementierung der IAO-Standards, da das ebenfalls vorgesehene Beschwerde- und Klageverfahren kaum praxisrelevant ist. Bei der Gründung der IAO war allerdings keine weitergehende Überprüfungskompetenz des Verwaltungsrates im Hinblick auf die vorgelegten Staatenberichte vorgesehen. Da schnell klar wurde, dass eingereichte Berichte einer Überprüfung durch Sachverständige bedürfen und eine Überlastung des Verwaltungsrates drohte, wurde bereits im Jahre 1926 ein unabhängiger Expertenausschuss gegründet. Nach Konkretisierungen im Laufe der Zeit hat der Sachverständigenausschuss (Commitee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR) seit 1947 die Aufgabe, „to examine" die jährlichen Staatenberichte und andere Informationen zu den Konventionen und Empfehlungen der IAO (ILO, Monitoring Compliance with International Labour Standards, 2019, S. 17). Seit 1951 besteht speziell für die Vereinigungsfreiheit überdies ein gesonderter Ausschuss. Was genau aber unter „examine" zu verstehen ist, ergibt sich aus den einschlägigen Entscheidungen des Verwaltungsrates, die sich auf den Sachverständigenausschuss beziehen, nicht. Der Ausschuss, der aus unabhängigen Sachverständigen zumeist aus dem akademischen Bereich besteht, hat seine Aufgabe immer dahingehend verstanden, das vorhandene IAO-Recht auszulegen und anzuwenden, um so zu entsprechenden Empfehlungen im Einzelfall zu kommen.

Der Streit um die Auslegung der Konvention Nr. 87

Obwohl der Wortlaut dies nicht explizit vorsieht, hat der Sachverständigenausschuss der IAO die Konvention Nr. 87 durchgehend so interpretiert, dass aus der Vereinigungsfreiheit und dem Schutz des Vereinigungsrechts auch ein Streikrecht folgt. Über viele Jahre hat diese Auslegung und Anwendung der Konvention Nr. 87 keine größeren Kontroversen hervorgerufen. Sowohl der Ausschuss für die Vereinigungsfreiheit (Commitee on Freedom of Association CFA) als auch der ILO-Sachverständigenausschuss erkennen aber seit jeher nicht nur das Recht auf Streik an, sondern haben dieses seit den 1950er Jahren durch eine Vielzahl von Stellungnahmen weiter ausgeformt. Eine systematische Zusammenfassung wurde zuletzt im IAO-Digest (6th Edition 2018) vorgenommen.

Erst seit ungefähr Ende der 1980er Jahre regte sich zunehmend Widerspruch bei den Arbeitgebervertretern in der IAO. Diese bestritten mit zunehmender Vehemenz, dass der Sachverständigenausschuss überhaupt eine Kompetenz zur Interpretation der Konvention Nr. 87 habe sowie, dass sich aus der Konvention ein Streikrecht ergebe.

Gleichwohl hatten sich Arbeitgeber und wohl auch die meisten Vertragsstaaten zunächst nicht intensiver gegen die Auslegung der Konvention Nr. 87 im Hinblick auf ein Streikrecht gewehrt, was auch mit den wenig harten Durchsetzungsmechanismen von IAO-Konventionen zusammenhängt. Dies hat sich im Laufe der Zeit verändert, weil andere Akteure die Konvention Nr. 87 in ihrer Auslegung durch die Ausschüsse als Auslegungshilfe nutzen. Seit der EGMR beginnend mit dem Jahr 2008 seine vergleichsweise restriktive Interpretation der Gewährleistung des Rechts der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 EMRK aufgegeben hat und dieses nunmehr im Sinne der Gewährleistung eines Rechts auf Kollektivvereinbarungen (Demir und Baykara) und eines Rechts auf Streik (Enerji Yapi-Yol Sen) auslegt und dies auch auf das ILO-Abkommen Nr. 87 stützt, ist der Konflikt härter geworden. Denn damit ist deutlich geworden, dass im Rahmen der systematischen Auslegung die IAO-Abkommen bedeutenden Einfluss auf „härteres" Völkerrecht haben.

Zwar zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zum Beamtenstreik, dass sich nationale (Verfassungs-)Gerichte durchaus auch robust verweigern können, wenn das Arbeitsvölkerrecht Anpassungs- und Veränderungsdruck erzeugt. Aber der bisherige Verweis auf die Unverbindlichkeit der Entscheidungen der Ausschüsse der IAO vermag nicht mehr in gleicher Weise zu beruhigen wie früher. Dass die Arbeitgeberseite daher seit längerem die Kompetenz insbesondere des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit bestreitet, die Konvention im Sinne der Gewährleistung des Streikrechts auszulegen, hat daher vor allem strategische Bedeutung und zielt auch auf Rechtskreise außerhalb der IAO ab. Dabei verdeutlich die Bereitschaft, wegen der Gewährleistungen der Konvention Nr. 87 politische Spannungen in der IAO zu provozieren und damit substantielle Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit der ILO hinzunehmen, dass es jedenfalls aus Sicht der Arbeitgeber keineswegs um eine triviale Gewährleistung

geht. Denn ohne Streikrecht gewährleistet die Vereinigungsfreiheit in den Worten von BAG und BVerfG eben nicht mehr als ein Recht auf „kollektives Betteln".

Im Jahre 2012 eskalierte der Streit innerhalb der IAO. Auf der damaligen turnusgemäßen Internationalen Arbeitskonferenz weigerte sich die Gruppe der Arbeitgebervertreter über eine Liste von Mitgliedstaaten der IAO zu beschließen, denen als Routinevorgang gravierendste Verletzungen des IAO-Rechts vorgeworfen werden. Diese ablehnende Haltung wurde damit begründet, dass der zugrundeliegende Bericht des Sachverständigenausschusses unter anderem eine Verletzung des Streikrechts anführte, das aus der Konvention Nr. 87 abgeleitet wurde. Seither wurde mit zunehmend verhärteten Fronten versucht, den „Auslegungs- und Kompetenzkonflikt" innerhalb der IAO beizulegen, was bislang nicht gelang. Erst mit der Resolution vom 10. November 2023 ist Bewegung in die Angelegenheit gekommen: Mit einer umstrittenen Mehrheitsentscheidung von 33:21:2 Stimmen wurde die zentrale Rechtsfrage zur Auslegung der Konvention Nr. 87 an den IGH verwiesen.

Streit um Auslegungskompetenz

Streng genommen bezieht sich die Gutachtenanfrage an den IGH, dessen materiellrechtliche Implikationen sogleich noch näher darzustellen sind, nur auf die konkrete Frage, ob die Konvention Nr. 87 ein Streikrecht enthält. Hinter dieser Frage verbirgt sich aber letztlich auch die wesentlich tiefergehende völkerrechtliche Problematik, wer und unter welchen Voraussetzungen im Recht einer internationalen Organisation für die Auslegung des Rechts dieser Organisation zuständig und verantwortlich ist. Das Problem ist nicht nur auf die IAO beschränkt. Auch die Blockade und de facto Auflösung des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO) – um ein prominentes Beispiel zu nennen – geht letztlich auf die Frage zurück, ob und wie weit die Interpretationsbefugnis eines Gremiums reicht, das nicht in erster Linie von den Mitgliedern einer Organisation dominiert wird. Insbesondere die USA bestreiten hier jede weitergehende Auslegungsbefugnis, da nach dem WTO-Übereinkommen nur die WTO-Mitglieder verbindliche Auslegungsentscheidungen treffen können (Art. IX:2 WTO-Übereinkommen). In der IAO wurde insbesondere von der Arbeitgeberseite regelmäßig argumentiert, dass gerade die Möglichkeit, den IGH mit Fragen der Auslegung des IAO-Rechts zu beauftragen (Art. 37 Abs. 1 IAO Satzung) zeige, dass eben auch nur der IGH für die Auslegung des IAO-Rechts zuständig sei. Im Umkehrschluss, so die Argumentation, folge hieraus, dass der Sachverständigenausschuss keine entsprechende Kompetenz habe. Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass schon Art. 37 Abs. 1 IAO Satzung nur von „question or dispute relating to the interpretation" spricht, und damit gerade keine Exklusivität nur auf die Auslegung von Rechtsvorschriften bezogen ersichtlich ist. Überdies kann auch bereits rechtsmethodisch angeführt werden, dass sich Fragen der Auslegung und Anwendung des Rechts nie trennen lassen. Die Anwendung des IAO-Rechts, die unzweifelhaft Aufgabe des Sachverständigenausschusses ist, setzt zwingend voraus, dass zunächst durch Auslegung Klarheit über den Inhalt des anzuwendenden Rechts herbeigeführt wird (*Hofmann/Schuster*, AVR 2013, 483/494 f.).

Unabhängig davon, wie man im Ergebnis zu der aufgeworfenen Rechtsfrage steht und wo genau die Grenzen der Auslegungskompetenz eines Sachverständigengremiums zu sehen sind, steht eines fest: der IGH wird in seinem Gutachten zwangsläufig auch auf die bisherige Praxis des Sachverständigenausschusses eingehen müssen. Selbst wenn sich die Gutachtenanfrage im engeren Sinne nur auf die Auslegung der Konvention Nr. 87 bezieht, werden im Völkerrecht Auslegungsprobleme auch immer unter Heranziehung der bisherigen Entscheidungspraxis einschlägiger Gremien entschieden. Auch der IGH hat das u.a. im Verfahren *Diallo* deutlich gemacht: *„... it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty"* (ICJ Reports 2010, S. 639, Rn. 66 f.). Im Übrigen haben auch andere internationale Gerichte, wie bereits angedeutet, die Auslegungspraxis des IAO-Sachverständigenausschusses zur Begründung eines völkerrechtlichen Streikrechts herangezogen. Insofern ist zu erwarten, dass der IGH in seinem Gutachten jedenfalls implizit auch Aussagen zur Auslegungskompetenz im institutionellen Gefüge internationaler Organisationen treffen wird.

Arbeitskampfrechtliche Bedeutung

Die dem IGH vorgelegte Frage betrifft eigentlich den Teil der Auslegungsfrage der Konvention Nr. 87, der noch vergleichsweise unspektakulär ist. Es geht (lediglich) um die Frage, ob das Recht auf Streik für Arbeitnehmer und ihre Organisationen durch die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Rechts, sich zu organisieren, gewährleistet

wird. Die dahinterstehende Frage, wie weit diese Gewährleistung reicht, ist nicht Gegenstand des Verfahrens. Es wird eben zentral um die Kompetenz der Ausschüsse und weniger um die Sache gestritten.

Gleichwohl hat die Frage auch für Deutschland Bedeutung, etwa hinsichtlich der hier noch vorherrschenden Sichtweise, dass bereits die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sei und Arbeitskämpfe nur geschützt seien, wenn sie Ziele verfolgen, die in einem Tarifvertrag geregelt werden können („Tarifbezug des Arbeitskampfes"). Diese Einschränkung auf Schutzbereichsebene ist weder international noch durch den Ausschuss der Vereinigungsfreiheit anerkannt. Vielmehr wird zwar kein generelles Recht auf einen rein („purely") politischen Streik angenommen, wohl aber ein Recht zur Protestkundgabe gegen die Wirtschafts- und Sozialpolitik. Ebenso geschützt sind etwa Unterstützungsstreiks, bei denen in einem Tarifkonflikt an diesem nicht unmittelbar beteiligte Arbeitnehmer zur Unterstützung streiken, etwa bei Unternehmen, die mit den am rechtmäßigen Hauptarbeitskampf Beteiligten organisatorisch verbunden sind (Digest para 770). Mit der begrenzten Anerkennung dieses Arbeitskampfmittels hat sich die deutsche Rechtsprechung lange schwergetan.

In anderen Staaten mit deutlich fragileren Systemen der kollektiven Arbeitsbeziehungen (Details bei Katsaroumpas, Crossing the Rubicon: The Strikes (Minimum Service Levels) Act 2023 as an Authoritarian Crucible, ILJ 2023, 513 ff.) sind die Implikationen freilich größer. Das IAO-Abkommen Nr. 87 hat daher auch aktuell hohe Relevanz. Die Tendenzen im Vereinigten Königreich, das dort ohnehin seit der Thatcher-Zeit fragile Streikrecht noch weiter einzuschränken, geben darauf einen Hinweis.

Vor allem aber wird der Einfluss der Entscheidung des IGH darin liegen, den Einfluss der Normen der IAO bei der systematischen Auslegung des übrigen Arbeitsvölkerrechts und der Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten zu bestimmen. Der EGMR wird nicht mehr von seinem grundrechtsfreundlichen Kurs abweichen. Aber die Entwicklung im Übrigen wird das Verfahren sicherlich beeinflussen.

Fazit

Wie der IGH die Diskrepanz zwischen Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Gewährleistungen der Konvention Nr. 87 auflösen wird, darf mit Spannung erwartet werden. Unabhängig vom Ergebnis des Verfahrens wird das Gutachten des IGH aber in jedem Fall substantielle Auswirkungen auf die Arbeitsweise und die Akzeptanz der Gremien der IAO haben. Der IAO muss man wünschen, dass der IGH einen Weg findet, einerseits die Institutionen der IAO so zu stärken, dass diese ihre eigenen Angelegenheiten selbst bewältigen können, und andererseits ggf. Rechtsschutz oder Hilfestellung bei besonders neuralgischen Fällen zu ermöglichen. Ansonsten läuft der IGH Gefahr, zum dauernden Gericht für die Bewältigung interner Streitigkeiten der IAO zu werden. In diesem Sinne ist auch zu hoffen, dass das IGH-Gutachten zu einer Stärkung internationaler Organisationen insgesamt führen wird.

Jochen von Bernstorff

Warum wir einen Verbotsvertrag für fossile Brennstoffe brauchen

doi: 10.17176/20231221-111243-0

Als sich die COP28 letzte Woche dem Ende zuneigte, waren viele enttäuscht. Die erste globale Bestandsaufnahme, die als die zentrale Entscheidung der Konferenz gilt, wurde nach intensiven Verhandlungen nur in stark verwässerter Form angenommen. Die COP 28 konnte sich weder auf die überfällige Aufforderung einigen, die derzeitige Ausbeutung fossiler Brennstoffe auslaufen zu lassen („phasing out"), noch die Erkundung neuer fossiler Brennstoffe zu stoppen. Stattdessen wurden nur die Aufforderung zu einem nicht näher spezifizierten "Übergang" („transition away") weg von fossilen Brennstoffen in den Energiesystemen sowie zu beschleunigten Bemühungen um einen „phase down" aus der unverminderten Kohleverstromung beschlossen.

Die Weigerung einiger Staaten, die Notwendigkeit eines schnellen Ausstiegs aus allen fossilen Brennstoffen anzuerkennen, um die globale Erwärmung auf 1,5°C zu begrenzen, steht im Widerspruch zu jüngsten wissenschaftlichen Berichten, die eindeutig bestätigen, dass eine weitere Ausweitung der Öl-, Gas- und Kohleförderung es unmöglich machen wird, die globale Erwärmung innerhalb der im Pariser Abkommen festgelegten Grenzen zu halten. Dennoch planen Regierungen aus rohstoffreichen Ländern aktuell bis 2030 mehr als doppelt so viele fossile Brennstoffe zu fördern, als die 1,5°C-Grenze erlaubt. Da für COP-Beschlüsse ein Konsens aller beteiligten Parteien erforderlich ist, ist es höchst unwahrscheinlich, dass auf einer COP jemals ein Verbot neuer Explorationen und ein Ausstieg aus der Förderung aus bestehenden Feldern und Minen beschlossen wird. Es überrascht daher nicht, dass die Staaten nach einem alternativen Vorgehen suchen.

Während der Konferenz schlossen sich Palau, Kolumbien, Samoa und Nauru offiziell der Forderung nach einem Vertrag über die Nichtverbreitung fossiler Brennstoffe an. Die Ankündigungen erfolgten in Dubai, während viele Organisationen der Zivilgesellschaft und Regierungsdelegationen sich noch für einen COP-Beschluss zum Ausstieg aus der Förderung fossiler Brennstoffe einsetzten. Diese eigenständige Vertragsinitiative, die vom Europäischen Parlament, der WHO sowie von zahlreichen Städten und wissenschaftlichen Einrichtungen unterstützt wird, wird von 12 Staaten angeführt, von denen 11 Inselstaaten sind, die am stärksten von der Klimakrise betroffen sind. In diesem Blogbeitrag werde ich eine erste Bewertung dieses Vorschlags im Kontext anderer aktueller Vertragsinitiativen vornehmen, die gegen den ausdrücklichen Willen und den aktiven Widerstand mächtiger Staatengruppen versuchen, internationale Rechtsstrukturen zu reformieren.

Wie ich darlegen werde, ist es in der Tat eine gute Idee, einen neuen Vertrag über das Verbot der Förderung fossiler Brennstoffe auszuhandeln, auch wenn sich einige Öl, Gas und Kohle exportierende Länder weigern, daran teilzunehmen. Der Vertrag sollte jedoch nicht nach dem Vorbild des Vertrags über die Nichtverbreitung von Kernwaffen (NVV) gestaltet werden, der fünf Kernwaffenstaaten das ausschließliche Recht auf den Besitz von Kernwaffen einräumt. Stattdessen sollte der Vertrag über fossile Brennstoffe dem neueren Vertrag über das Verbot von Atomwaffen (TPNW) nachempfunden sein, der Atomwaffen für alle Vertragsstaaten verbietet. Letzterer wurde 2017 von den Staaten ohne Atomwaffen gegen den erbitterten Widerstand der Atomwaffenstaaten angenommen, um den ins Stocken geratenen Abrüstungsbemühungen im Rahmen des alten und immer noch bestehenden NVV neues Leben einzuhauchen.

Ein neuer Vertrag über fossile Brennstoffe sollte jegliche Exploration und Ausbeutung neuer fossiler Brennstoffressourcen verbieten und gleichzeitig gemeinsame, aber differenzierte Verpflichtungen hinsichtlich der Beendigung der derzeitigen Förderung enthalten. Die Mitgliedstaaten wären nicht nur verpflichtet, die weitere Exploration zu verbieten, sondern auch die Einfuhr von fossilen Brennstoffen aus neuen Feldern und Minen. Trotz der zu erwartenden Nichtbeteiligung einiger Länder, die

fossile Brennstoffe exportieren, würde dieses neue Instrument politischen Druck auf alle Regierungen weltweit ausüben, um die Ausbeutung fossiler Brennstoffe zu beenden und die weltweiten Finanzinvestitionen von fossilen Brennstoffen auf erneuerbare Energien umzulenken. Selbst wenn es dem neuen Vertrag an starken Durchsetzungsmechanismen mangelte und die Beteiligung nicht universell wäre, hätte er wohl dennoch eine dringend benötigte normative und symbolische Wirkung. Ein Verbot der eigentlichen Ursache der Klimakatastrophe würde eine Reihe extraktiver Praktiken ächten, die bis in die 1970er Jahre als produktive und relativ billige Grundlage für industrielles Wachstum galten, die aber, wie wir heute wissen, die Lebensgrundlage von Menschen und anderen Lebewesen auf diesem Planeten zerstören.

„Corrective Treaty Making" oder wie die Betroffenen das Völkerrecht selbst in die Hand nehmen

Corrective treaty-making wird auch in anderen Bereichen des Völkerrechts von breiten Koalitionen kleiner und mittlerer Staaten zusammen mit Organisationen der Zivilgesellschaft genutzt, um dringende Reformen in internationalen Vertragsregelungen voranzubringen. Es handelt sich dabei um eine kreative Reaktion auf einen wahrgenommenen institutionellen Stillstand, der häufig durch mächtige Staaten verursacht wird, die den rechtlichen und politischen Status quo verteidigen. Im Bereich der Abrüstung sehen wir neue Koalitionen der nuklearen "Habenichtse", die in vielerlei Hinsicht mit dem alten rechtlichen Status quo des Atomwaffensperrvertrags (NPT) brechen und die Atomwaffenstaaten mit einem neuen ergänzenden Vertragsregime (TPNW) konfrontieren. Das Konzept solcher Koalitionen ist keineswegs neu. Bedjaouis Begriff der "*solidarité de combat*", der von Wissenschaftlern in der Ära der Entkolonialisierung verwendet wurde, ist kürzlich von Arnulf Becker Lorca in seiner Analyse der gemeinsamen Antworten und neuen Vertragsprojekte von Ländern und Aktivisten aus dem globalen Süden nach der Covid-Pandemie innerhalb der Weltgesundheitsorganisation (WHO) wiederbelebt worden.

Auch im Hinblick auf die Klimakrise haben breite Koalitionen kleinerer Staaten, angeführt von kleinen Inselstaaten, in den letzten Jahren bereits beträchtlichen Druck auf die Großmächte ausgeübt, um institutionelle Reformen einzuführen. Hierzu zählt etwa der Versuch, neue rechtliche Möglichkeiten für ein Recht auf Entschädigung für klimabedingte Schäden für "besonders betroffene" (most affected) Länder zu erkunden, indem unter der Führung von Vanuatu bei der UN-Generalversammlung ein Gutachten des Internationalen Gerichtshofs beantragt wurde. Im Gegensatz zur Ära der Entkolonialisierung setzen sich diese breiten Koalitionen kleiner und mittlerer Staaten nicht unbedingt nur aus Staaten des globalen Südens zusammen. Was diese Koalitionen verbindet, ist die gemeinsame Reaktion auf einen wahrgenommenen Stillstand oder gar Rückschritt bei der Verwirklichung der Ziele der jeweiligen völkerrechtlichen Regime. Auch wenn der Grad der Koordinierung und des Konflikts innerhalb dieser Koalitionen variiert, können sie wohl als gemeinsame Versuche der kleinen Staaten und der Zivilgesellschaft angesehen werden, Regimen Leben einzuhauchen, deren inhaltliche Ziele nicht nur für diese Staaten von existenzieller Bedeutung sind.

All dies fällt mit einem anderen aktuellen Trend in internationalen Institutionen zusammen, nämlich der Verlagerung von der klassischen NGO-Vertretung hin zu privilegierten Mitwirkungsrechten der "am meisten betroffenen Organisationen". NGOs mit Sitz im Norden wurden in den letzten zehn Jahren durch Basisorganisationen ersetzt, die sich hauptsächlich aus Einzelpersonen zusammensetzen, die persönlich von den Entscheidungen eines bestimmten Regimes betroffen sind, wie z. B. Kleinbauern aus dem globalen Süden in der Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation. Zusammengenommen rechtfertigen es diese Trends, von "Koalitionen der am stärksten Betroffenen" zu sprechen, an denen sowohl öffentliche als auch private Akteure beteiligt sind, die sich derzeit auf unterschiedliche Weise gegen internationale Normen und Institutionen wehren bzw. diese verändern.

Die beobachteten Koalitionen versuchen, wahrgenommene Regimemängel durch neues verbindliches Recht zu korrigieren, sei es innerhalb, neben oder über bestehende Rechtssysteme hinweg. Surabhi Ranganathan hat in ihrer bahnbrechenden Arbeit über "strategisch geschaffene Vertragskonflikte" gezeigt, wie es Hegemonialmächten (insbesondere den Vereinigten Staaten) gelungen ist, multilaterale Vertragsregime durch eine strategische Verlagerung in die bilaterale Vertragsgestaltung Druck ausüben , um den Zielen von großen rechtssetzenden Konventionen wie dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen oder dem Römischen Statut entgegenzuwirken. In ähnlicher Weise, wenn auch gewissermaßen umgekehrt, versuchen breite Koalitionen

der am stärksten Betroffenen derzeit, neues multilaterales Vertragsrecht zu schaffen, um Druck auf eine kleine Zahl von Hegemonialmächten auszuüben. Eines der ersten Beispiele für eine gegenhegemoniale Vertragsgestaltung durch breite Koalitionen der am stärksten Betroffenen war der Internationale Vertrag über pflanzengenetische Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft, bekannt als "Seeds Treaty", der zu Beginn des neuen Jahrtausends versuchte, ein hegemoniales, westlich dominiertes vertragliches System des geistigen Eigentumsschutzes für landwirtschaftliches Saatgut nachhaltig zu korrigieren.

Diese beobachteten Prozesse der korrigierenden Vertragsgestaltung zielen in der Regel darauf ab, vage formulierte Ziele bestehender Regelungen in konkrete, verbindliche und daher nun wirksame Verpflichtungen der Staaten umzuwandeln. Sie können auf substanzielle Reformen eines bestimmten Rechtssystems hinauslaufen, indem sie neue konkurrierende Normen gegen den Widerstand status-quo-orientierter Regierungen und privater Akteure schaffen. Natürlich kann der gemeinsame Rückgriff der Betroffenen auf neues Vertragsrecht diejenigen Staaten nicht binden, die diese Konventionen nicht ratifizieren. Ein solcher Gegen- oder Ergänzungsvertrag trägt aber dessen ungeachtet dazu bei, eine neue Norm zu schaffen, indem er politischen Druck auf eine zunehmend isolierte Gruppe von Regierungen ausübt und fortbestehende schädliche Praktiken anprangert. Die notwendige Abkehr von fest etablierten wirtschaftlichen und sozialen Praktiken erfordert immer auch zuerst einen Wandel von Werten und Normen. Ein solcher Wandel kann durch völkerrechtliche Verbote gefördert werden.

Ein Verbotsvertrag für fossile Brennstoffe

Nach dem Vorbild dieser Vorläufer, insbesondere des Vertrags über das Verbot von Kernwaffen (TPNW), sollte der neue Vertrag die Exploration fossiler Brennstoffe verbieten und klare Fristen für die weitere Förderung aus bestehenden Feldern und Minen setzen. Er sollte auch eine Bestimmung zur Stärkung der Zusammenarbeit bei der Umstellung der Energieinfrastrukturen von fossilen Brennstoffen auf erneuerbare Energien enthalten. Um den Grundsatz der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten zu wahren, müssten Länder, deren Pro-Kopf-Emissionen unter dem Schwellenwert liegen, der zur Einhaltung der 1,5-Grad-Grenze erforderlich ist, später aussteigen als diejenigen, die pro Kopf und Jahr mehr emittieren, als ihr verbleibender Anteil an den Emissionen erlaubt. Der neue Vertrag, der von den am stärksten Betroffenen initiiert und hoffentlich von einer breiten Staatenkoalition unterstützt wird, würde neben dem Pariser Abkommen stehen und sich auf dessen verbindliche Ziele beziehen. Abgesehen von einem Überwachungsmechanismus, an dem der Internationale Ausschuss für Klimaänderungen (IPCC) beteiligt sein könnte, sollte der Vertrag keine neuen institutionellen Strukturen oder Durchsetzungsmechanismen vorsehen. Seine primäre Rolle wäre die einer (symbolischen) Normentransformation, eine Rolle, die das Völkerrecht traditionell recht erfolgreich zu spielen vermag.

Schon aus Zeitgründen scheint klar, dass die weitere Ausbeutung fossiler Brennstoffe vor dem Eintritt von weiteren Kipppunkten für das Weltklima nicht durch eine mächtige globale institutionelle Struktur zur Regulierung der Weltwirtschaft abgewendet werden wird. Stattdessen wird sie entweder durch lokale und nationale Maßnahmen abgewendet, die sich gegen die Ausbeutung fossiler Brennstoffe zur Wehr setzen, und auf einen schnellen Übergang zu erneuerbaren Energien drängen, oder sie wird weiterhin verheerende Folgen für unseren Planeten haben. Eine rechtliche Ächtung in Form neuen Völkervertragsrechts könnte lokalen und nationalen Akteuren bei ihren widerständigen Maßnahmen, einschließlich strategischer Prozessführung, gegen einen zunehmend lebensbedrohlichen Status quo zur Seite stehen.

Joe McIntyre

The Long Overdue Fall of Al-Kateb

NZYQ and the end of Australia's indefinite detention regime

doi: 10.17176/20231214-111220-0

Sometimes a change comes with a soft breeze. Other times, it is a tempest.

A mere five days after Gageler CJ's swearing in as the new Chief Justice of the High Court of Australia, every indication is that Australia is witnessing the latter form of dramatic shift in juridical weather.

On the 8th of November, the High Court delivered a landmark ruling that the indefinite detention regime under the *Migration Act* is unconstitutional, overruling the 2004 decision of *Al-Kateb*. At the end of the second of two days of hearing, the High Court announced that 'at least a majority' of the court had determined that the Court should make orders declaring the detention of the plaintiff unlawful, and ordered a writ of habeas corpus be issued requiring his immediate release.

The decision, both in form and substance, sent shockwaves through Australia's legal and political establishment. In adopting the relatively uncommon procedure of issuing orders immediately following the hearing (with reasons to follow), a gap was created where politicians rushed to come up with a legislative response in the absence of any clearly articulated constitutional rules. The ongoing political point scoring and misrepresentation of the decision since the release of the reasons on the 28th of November have, however, highlighted that the real political concern is not the reality of the decision but the way in which it can be distorted to advance political agendas. In particular, the Opposition has relentlessly sought to use the decision to portray the centre-left Labor Government as being 'soft' on immigration, while the Government has squirmed to avoid being wedged on the issue. In an island country, where several elections in the last 20 years have been ostensibly won and lost over concerns of 'illegal' immigration, this decision has been political dynamite. It is likely that the fall-out will continue well into the new year.

The Constitutional Stain of Al-Kateb

This case is one of those constitutional law cases that are likely to be more significant for their political implications than their legal ones. The 2004 High Court decision *Al-Kateb v Goodwin,* that indefinite detention of a stateless person can be constitutionally permissible, has long been seen as a dark stain on the constitutional landscape of contemporary Australian jurisprudence. Over the last twenty years, it has become increasingly difficult to reconcile with the development of related legal doctrines.

The legislative regime involved in *Al-Kateb* had been introduced a decade earlier, in September 1994, to create a system of mandatory administrative detention of unlawful non-citizens (relevantly, people who entered Australia without permission in the form of a visa, or whose permission had expired). At the time, Australia stood alone amongst Western nations as the only country that pursued such a policy of mandatory administrative detention.

Critically, this regime required that the unlawful non-citizen 'must be kept in immigration detention until' the occurrence of one of several specified events – such as a grant of a visa, or removal from Australia. The key question in *Al Kateb* was, then, whether such detention continued to be constitutional in instances where there were no reasonable prospects for the removal of the individual.

By 4:3 majority, the High Court in that case held that, on its proper construction, the statutory regime required the ongoing detention of such an individual, and that such ongoing indefinite detention did not contravene the constitutional separation of powers under Chapter III of the Constitution.

The decision was subject to immediate, significant, and sustained critique, described for example, by Meagher as a 'stunning triumph of constitutional form over substance.' However, it is critical to appreciate both the juridical and political context in which the decision occurred. Politically, the issue of immigration was a matter

of red-hot concern, with the Howard Government achieving a controversial come-from-behind victory in the prior election in 2004 largely off the back of the 'children overboard' Tampa affair. Juridically, the Court had reached a modern peak of conservative ideology, following nearly a decade of conservative appointments in response to the 'judicial activism' of the Mason court (which had delivered seminal decisions such as *Mabo* and *Kable*). In this context, the decision to uphold the indefinite detention regime was perhaps entirely predictable from a realist perspective.

The Withering and Re-Emergence of Lim

The doctrinal issue with *Al-Kateb* has long been that – when this political context is stripped away – the decision appears inconsistent, indeed incoherent, when assessed against existing and subsequent legal doctrine.

Of particular significance was the 1992 decision of *Chu Kheng Lim*, where the Court had upheld the validity of an earlier, more limited, immigration detention regime. Importantly, that decision contained three statements of background principle which have come to be regarded as authoritative.

The first principle was a reiteration that the fundamental and long-established principle, that no person may be detained by the executive absent statutory authority or judicial mandate, applies equally to citizen and alien alike. Secondly, the plurality confirmed that – exceptional cases aside – involuntary detention 'is penal or punitive in character and … exists only as an incident of the exclusively judicial function of adjudging and punishing criminal guilt' (p27). Thirdly, the plurality held that the only relevant difference in this context between a non-alien and an alien 'lies in the vulnerability of the alien to exclusion or deportation'. In light of these principles, the plurality held that a detention regime such as that considered in *Lim*, will be valid only to the extent that such detention is necessary for purposes of deportation or to enable an application for an entry permit to be made and considered (p33). In all other cases, such detention will be seen as a form of constitutionally prohibited extra-judicial punishment. In *NZYQ*, the Court expressed the principle in *Lim* as requiring:

> '…that a law enacted by the Commonwealth Parliament which authorises the detention of a person, other than through the exercise by a court of the judicial power of the Commonwealth in the performance of the function of adjudging and punishing criminal guilt, will contravene Ch III of the *Constitution* unless the law is reasonably capable of being seen to be necessary for a legitimate and non-punitive purpose. In other words, detention is penal or punitive unless justified as otherwise.' [39]

Importantly, the constitutional principle that was so formulated and applied in *Lim* was not disavowed by the majority in *Al-Kateb*. Indeed, as the Court in *NZYQ* observed, nothing 'said in *Al-Kateb* has been taken subsequently to detract from the significance of *Lim'* [33].

The failure of the court in *Al-Kateb* to adequately grabble with the connection between the means of detention and an achievable statutory purpose has long been seen as creating a significant tension between *Al-Kateb* and *Lim*. The consequence has been that, as the Court in NZYQ notes, that 'constitutional holding in *Al-Kateb* has come increasingly to appear as an outlier in the stream of authority which has flowed from *Lim*' [35]. This tension has only become more acute in recent years when as the *Lim* principle has been 'repeatedly acknowledged and frequently applied' [34]. Of particular note have been the recent decisions in *Alexander v Minister for Home Affairs* (2022) and *Benbrika v Minister for Home Affairs* (2023) where the court applied *Lim* to invalidate citizenship striping provisions. After a long period when *Lim* seemed to provide a hollow constitutional protection, it has suddenly – over the last twelve months – grown teeth. In this context, *Al-Kateb* looked increasingly as an outlier, needing only an appropriate test case before *Lim* would finally bite.

The Refutation that is NZYQ

As the Court was at pains to confirm, *NZYQ* was the first time 'that there was shown to be a state of facts which made questions about reopening and overruling Al-Kateb necessary' [16].[1] The plaintiff in the case was a stateless Rohingya Muslim, born in Myanmar, who arrived in Australia by boat in 2012. The plaintiff was granted a

[1] This observation is somewhat facetious given that the Court has almost complete control over its docket through the operation of Special Leave and remittal procedures.

bridging visa in 2014. In 2016, the plaintiff pleaded guilty to a sexual offence against a child and was sentenced to imprisonment for five years. Upon his release on parole in 2018, he was taken again into immigration detention. In 2020, the plaintiff's application for a permanent protection visa was rejected on the grounds that despite having well-founded fear of persecution in Myanmar, he was reasonably considered a danger to the Australian community. By 2022, all avenues to challenge that determination were exhausted, and the plaintiff wrote to the Minister requesting his removal from Australia.

It soon became apparent that no country in the world was appropriate or willing to receive the plaintiff. As a result, in April 2023, the plaintiff initiated proceedings in the original jurisdiction of the High Court directly challenging both the statutory construction and constitutional findings of *Al-Kateb* regarding indefinite detention in circumstances where there was no reasonable prospect of removal.

Given the opportunity to directly confront the finding in *Al-Kateb*, the Court did not hold back. When the reasons were published on the 28th of November (less than three weeks after the hearing and pronouncement of orders) it was revealed that the court unanimously concluded that the finding in *Al-Kateb* (that as 'long as the purpose of the detention is to make the alien available for deportation … the detention is non-punitive' ([45] McHugh J)) represented 'an incomplete and, accordingly, inaccurate statement of the applicable principle' [43]. Interestingly, despite being formally a joint judgment, the reasons revealed that the justices took two different approaches to reach that conclusion, one route taken by Edelman J, and another route taken by the other six justices.

The Approach of the Six

For six members of the court (Gageler CJ, Gordon, Steward, Gleeson, Jagot and Beech-Jones JJ) *Lim* required an assessment 'of both means and ends, and the relationship between the two' [44]. In circumstances where there is no real prospect of removal, it can no longer reasonably be said that detention continues to be for the purposes of removal, as

> The *Lim* principle would be devoid of substance were it enough to justify detention … that the detention be designed to achieve an identified legislative objective that there is no real prospect of achieving in the reasonably foreseeable future. [45]

It relevantly follows that if the only purpose relevantly justifying executive detention is removal from Australia, then, in the absence of any real prospect of removal in the reasonably foreseeable future, such detention cannot be justified.

The Approach of Edelman J

Edelman J articulated a slightly different approach that sought to disaggregate the concept of punishment as used in *Lim*. His approach begins with the premise that *Lim* uses the concept of punishment in two different senses. Firstly, he argued that Lim prohibits any form of executive punishment, in the sense that 'harsh consequences are imposed based upon classic criminal notions of just desert' [51]. Secondly, he argues that detention will be 'prima facie' punitive, and thus illegitimate, where the law 'employs means that are disproportionate to its legitimate purpose' [52]. In *NZYQ*, the indefinite detention had become punitive as the proportionality requirement of *Lim* had been effectively ignored so that the unobtainable end of removal no longer justified the means of detention.

It is worth noting that the precise implication and status of this '*jointish* judgment' on the appropriate approach remains unclear as this appears to be the first time the High Court has adopted this mode of aggregating a joint judgment. Normally, where a judge agrees with the orders given but disagrees on the approach, a separate concurring opinion is given. The mode followed here is exceedingly rare. Nevertheless, while this artifact is of interest to judicial scholars, much more significant in the core unanimous finding of the Court is that:

> the constitutionally permissible period of executive detention of an alien who has failed to obtain permission to remain in Australia as coming to an end when there is no real prospect of removal of the alien from Australia becoming practicable in the reasonably foreseeable future follows directly from the principle in *Lim*. [55]

It followed from this finding that Al-Kateb should be overruled, and the plaintiff should be immediately released from the now unlawful immigration detention.

The Court did note, though, that such release is not to be equated with a grant of a right to remain in Australia.

The Aftermath

While the decision in *NZYQ* may have been a long time coming, the orders were delivered with a haste that appears to have taken nearly everyone by surprise. Following two days of hearings, a short adjournment was taken by the Court at 4:17pm. The justices returned at 4:33pm and the newly installed Chief Justice Stephen Gageler informed a disbelieving court that 'at least a majority' of justices agreed that sections of the *Migration Act* could not constitutionally apply to *NZYQ*.

The Government was caught flat-footed. The plaintiff was immediately released on 'a visa arrangement with strict conditions', while a scramble ensued to determine how many other people may be affected by the decision. The latest reporting is that nearly 150 people have now been released.

A frenzied media response has been whipped up by an Opposition campaign of 'sheer political brutality'. The Labor Government, perhaps spooked by the ghosts of elections past, has sought to engage in a muscular contest with the Opposition over who can be tougher in immigration. That the affected persons are largely convicted criminals has meant there is little public sympathy for the protection of their rights. An eager media has reported as first two, now five former detainees have been subsequently arrested for various offences.

This febrile political context has meant that Parliament has rushed to enact legislative responses to the High Court decision, even prior to the publication of the Court's reasons. In the month since the orders were announced, two Bills have been introduced and passed through Parliament. The first Act, introducing new bridging visa conditions, was rushed through Parliament on 17 November in an extraordinary 12 hour period from introduction to enactment. This haste has been described as a 'dark day' for our democracy. The second Bill was introduced on 27 November, and passed by Parliament on 6 December. This Bill will create a system allowing for the judicially ordered preventative detention of certain former detainees. Whether these responses stand up to judicial scrutiny remains to be seen, with at least one challenge to them already filed. What is clear, however, is that the 'criminalisation of non-citizens', as evident in these responses, reflects an 'alarming acceleration of Australia's increasingly punitive approach to migration.'

For international readers, mercifully removed from the minutiae Australian politics, the decision is significant for two reasons.

Firstly, Australia has long been an 'innovator' in terms of immigration policy. For example, the UK's recent Rwanda deportation policy was directly inspired by Australia's 20 year experience of 'offshore processing' policies. In a global 'race to the bottom', as each country tries to make themselves an unpalatable destination for asylum seekers, the holding that Australia's indefinite detention is indeed unlawfully punitive may empower other courts to reach similar conclusions. Of course, the current experiments by the Australian government to find constitutional work arounds may just be the next form of draconian immigration innovation to be exported. Have no doubt: Immigration departments around the world will be watching.

Secondly, the substance, form and mode of the High Court's decision suggest that with Gageler CJ's elevation and a different mix of judges on the Court, we are seeing a dramatic new phase in the life of Australia's apex court. Already significant changes have been introduced to special leave procedures, and the Court has returned to visiting regional cities on circuit. *NZYQ* and other recent judgments appear to signal a bolder, more assertive court than has been seen for decades. Whether this sees the Court emerge from its isolationist phase remains to be seen, but the winds of change are blowing in Canberra.

Gerrit Kurtz

Everybody's Business

The War in Sudan as a Threat to International Peace and Security

doi: 10.17176/20231221-111206-0

War has devastated Sudan since it first broke out on 15 April 2023. What started as a power play between the country's two most powerful armies, the Sudanese Armed Forces (SAF) and the paramilitary Rapid Support Forces (RSF), has since metastasized into a major civil war. International actors have not paid this war the high-level attention it requires and deserves. On 1 December, the UN Security Council decided to terminate the mandate of the UN International Transition Assistance Mission in Sudan (UNITAMS), a political mission originally tasked with supporting Sudan's transition to democracy. While the Council acted on a short-term request by the Sudanese authorities (controlled by SAF), it has not been able to agree on a substantive resolution since the war started. Driven by divisions, it has abdicated its responsibility under the UN Charter.

In this blog post, I explain why international actors need to pay more attention to what is happening in the strategically located country at the crossroads between the Red Sea and the Sahel, between the Arab and African worlds. The war threatens Sudan's integrity as a state, displaces millions and draws in neighbouring and other regional countries, all in a region already in turmoil because of coups, insurgencies and violent extremism.

A War within the Security Sector

The conflict originates in a competition between the regular armed forces, the SAF, and the paramilitary force, RSF, for control over the security sector and ultimately the state as a whole. Having dislodged long-term ruler Omer al-Bashir from power in the face of broad public protests in April 2019, SAF and RSF agreed to share power with civilian parties a few months later. In October 2021, they felt the civilians were overreaching, arrested the civilian prime minister and declared a state of emergency. Since then, they have not been able to agree on forming a new government, trying instead to seize power yet again, this time from each other. This has led to the current hostilities.

While the conflict parties increasingly appeal to ethnic and racial identities to mobilize support, many Sudanese do not consider themselves truly represented by either armed force. The SAF, whose leadership comes from the riverine region of Central and Northern Sudan, are supported by elements of the former Islamist government as well as some armed groups. SAF generals look down on the RSF, whose commanders they consider uneducated. The RSF was created out of informal Arab militias, called "Janjaweed", who embraced an ideology of Arab Supremacy already during the genocidal violence against non-Arab groups such as the Masalit and Zaghawa in Darfur in the West of Sudan twenty years ago. Since then, the RSF have recruited widely among Sudan's peripheral communities, drawing on citizens of other Sahelian states (such as Chad) and co-opting units from SAF and other armed groups.

The Destruction of a Major African Capital

The war has wreaked havoc on Khartoum and the adjoining cities of Omdurman and Bahri. The RSF have captured most of the tri-state capital area, as they continue to engage in fierce artillery battles with the SAF. RSF troops occupy residential areas and loot vehicles and other valuables on a large scale. Around 37% of Khartoum state's pre-war population of 9.4 million have left their homes. This will be the bulk of the country's political and economic elite, its upper and middle class and others with means to make the journey. With records of their properties being deliberately destroyed, they will struggle to return. This is by design: Many RSF fighters, coming from the country's poor peripheries, feel that the riverine elite that has dominated Sudan for decades has marginalized and instrumentalized them. Thus, while successive Sudanese governments have equipped and supported some Nomad communities, for example, to fight insurgencies for them, Nomad children go to primary school far less often than their peers from displaced communities. For those RSF fighters sensing a lack of respect, this is

payback time. The result: a major African capital is falling apart in an effort to reshape the country. In time, this could lead to the split of Sudan into several territories, as the SAF-controlled ministries have already moved their administration to Port Sudan on the Red Sea coast.

The World's Largest IDP Crisis

Sudan now also presents the world's largest internal displacement crisis. Since the war started, out of a total population of around 49 million, 5.4 million people have been internally displaced, while more than 1.4 million have crossed into other countries (mainly Chad, Egypt and South Sudan). When fighting broke out, Sudan already had around 3.7 million IDPs, mainly in Darfur, and 800,000 Sudanese were already refugees in third countries. Sudan was also hosting more than a million refugees from other countries such as South Sudan. Many of the latter have now sought to return home (or make their way to third countries). All told, there are likely more than ten million Sudanese that have left their homes both before and after the war started. With every new offensive, there are going to be more people fleeing from one place to the next.

The Commission of International Crimes

What is more, the conflict parties are likely committing international crimes. SAF engages in indiscriminate bombing, killing civilians in the process. RSF fighters and allied Arab militias loot properties, engage in sexual and gender-based violence and kill members of non-Arab groups, in particular Masalit. 68 villages in the greater Darfur area showed signs of fire damage, some were burnt down almost completely.

Many of these atrocities have taken place in West Darfur, where most Masalit used to live. Now around half a million have fled over the border to Chad. A detailed Reuters investigation based on interviews with survivors and open-source information found that the SAF officers had deserted the base in Ardamata in early November when they could no longer defend it. The remaining SAF rank and file and members of an allied Masalit armed group negotiated a surrender with the dominant RSF troops and gave up their weapons in exchange for promises to be spared. Instead, the RSF ordered the men out of the houses and started shooting them, targeting mainly the Masalit. Perhaps 1300 people were killed within two or three days.

Several international actors have classified these and other acts by the belligerents as international crimes, i.e. as *erga omnes* violations of international law. This means that all states have an obligation to prevent them. On 6 December, the US State Department issued an "atrocity determination", where it formally found that the SAF and the RSF had committed war crimes and the RSF had committed also crimes against humanity and ethnic cleansing as laid out above. Previously, Alice Wairimi Nderitu, the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide, observed after a visit to refugee camps in Chad that many risk factors of genocide were in place. "In Darfur, innocent civilians are being targeted on the basis of race," she said earlier.

Adding Fuel to Fire

Regional actors further fuel the conflict by delivering arms or allowing those deliveries to take place via their respective territories. The UAE supports the RSF with weapons and vehicles through Chad. Libya (under Haftar), Kenya, Uganda, the Central African Republic and more recently Ethiopia also seem to be involved in facilitating such shipments, as have been Russian mercenaries in Libya and CAR. In contrast, Egypt supports the SAF with weapons and other military support, including guns for tens of thousands of newly recruited SAF soldiers as well as Turkish Bayraktar drones. There have also been reports about Ukrainian drones and special forces supporting SAF, although the sourcing was relatively thin.

Insofar as they enter Darfur, many of those arms deliveries are a violation of the UN Security Council arms embargo on Darfur originally imposed in 2005. Even though it was never very effective as it only applied to one region within a larger country, it still provides ground for in-depth investigations by the UN Panel of Experts whose next report is due in early 2024.

The Threat of Spill Over

The war in Sudan is likely to spill over to neighbouring countries in various ways. Currently, the most-watched case is Chad. President Deby plays a risky balancing game by allowing the UAE to use Chadian territory for arms supplies to the RSF. The RSF have incorporated a significant number of Chadian Arabs and are increasingly getting into conflict with the Zaghawa in Darfur, the same

ethnic group of Deby's governmental elite. Unrest within the Chadian elite may lead to a military coup, or returning Chadian Arab fighters may strengthen armed opposition groups and ignite a civil war.

South Sudan's transitional government may also feel the heat from the war in Sudan. Angelina Teny, South Sudan's interior minister, confirmed that South Sudanese have joined both SAF and RSF. These might later return to their home country with their military equipment and join any number of armed opposition groups. Furthermore, small arms are flooding informal markets in Sudan at cheap prices.

Moreover, the hostilities threaten to disrupt the export of oil from the South to markets via the pipelines to Port Sudan. This might bankrupt South Sudan's kleptocratic government at a time this money is needed to smooth over differences resulting from planned but likely flawed elections in December 2024.

Flawed Mediation Efforts

Mediation efforts by international and regional actors have not succeeded in halting the violence so far. Their response has been lacklustre, with no sustained high-level commitment. Mediators also continue to follow a deeply flawed approach. They focus excessively on SAF and RSF as well as their respective leaders, General Abdel Fattah al-Burhan, SAF's commander-in-chief, and General Mohamed Hamdan Dagalo, called Hemedti, RSF's commander.

For example, on 9 December, an extraordinary summit of the Intergovernmental Authority on Development (IGAD), the regional organisation in the Horn of Africa, heard pledges from both Burhan and Hemedti for a personal one-on-one meeting as well as for an "unconditional ceasefire." This ignores that neither of them appears capable of controlling the war on their own anymore, given the significant role of elements of the former regime, ethnic militias as well as other armed groups, some of which have increased the territory under their control in the Nuba mountains and in Central Darfur. Moreover, IGAD and AU member states lack leverage in holding the belligerents accountable. Within a week after these pledges, the SAF bombed Nyala, the capital of South Darfur, and the RSF started a major offensive in Al Jazeera state in central Sudan, a major humanitarian hub and breadbasket of the country. The RSF captured the state capital Wad Madani within four days.

What is urgently needed is a multi-stakeholder dialogue, something that a joint AU and IGAD team has been preparing for months. However, there are disagreements regarding the participation of the conflict parties as well as representatives of the former Bashir regime, which some civilian parties reject out of hand. It remains to be seen whether the Coordination of Civil Democratic Forces or "Taqaddum", a new civilian coalition whose preparatory committee was founded in Addis Abba in October, can prove more effective. They are in touch with the conflict parties based on their own roadmap.

A Threat to International Peace and Security

The war in Sudan poses a threat to international peace and security, requiring European actors including Germany to engage more forcefully. Encouraging regional actors to convene a credible multi-stakeholder and potentially sequenced dialogue is one way. States such as the UAE and Egypt that are fuelling the war with arms deliveries should also be held accountable, at least by calling them out. The EU should also start adding names to the sanctions regime on Sudan that it created in October and ensure that companies active in its common market do not interact with the RSF, SAF and their respective economic entities.

Mobilising diplomatic and political capital to stop the war in Sudan is not just the right thing to do, it should be everybody's business given the high stakes involved.

Sanjit Dias

Sri Lanka's Economic Crisis Before the Supreme Court

doi: 10.17176/20231223-111121-0

On 14th November 2023, the Supreme Court of Sri Lanka issued a landmark decision holding several high-ranking executive officials responsible for the economic crisis of 2021-2022.[1] This was widely regarded as the worst economic crisis the country had experienced post-independence; it manifested itself in a rapid depreciation of the currency, dramatic shortages of fuel which saw vehicles in mile-long queues at fueling stations, and rolling electricity cuts throughout the island. In mid-2022, two petitions were filed in the Supreme Court alleging that several officials named as respondents were responsible for this economic crisis. The petitions claimed that several decisions and the continued inaction of these officials in the face of numerous warnings about the impact of their policies constituted arbitrary, irrational or manifestly unreasonable action on their part, which was a violation of the right to equality and to equal protection of the law enshrined in Article 12 of the constitution. In this blogpost, I argue that the court's decision has significant implications for the scope of the fundamental rights jurisdiction, and for the court's potential role in future controversies.

Three Policy Failures

In brief, the petitions were filed in the public interest, and focused on three key policy failures on the part of the then government: (i) the drastic tax cuts implemented following Gotabaya Rajapakse's election as President in November 2019, (ii) the delay in seeking assistance from the IMF, and (iii) artificially maintaining the exchange rate of the rupee to the dollar by using dollar reserves.

Four judges of the five-judge bench agreed with the petitioners, and in detailed reasoning over 119 pages, found several respondents responsible for their actions (and omissions) on each of the issues listed above. These respondents included the then Prime Minister and finance minister (and former President) Mahinda Rajapakse, the succeeding finance minister Basil Rajapakse, the then President Gotabaya Rajapakse, the president's secretary P.B. Jayasundera, the Governor of the Central Bank Ajith Nivard Cabraal, and the Monetary Board of the Central Bank.[2] The majority held that their continuing inaction and failure to take remedial measures was a breach of the public trust reposed in them, which was a facet of the right to equal protection of the law guaranteed by the constitution. Because the petitioners had not sought any compensation from the respondents, the decision was limited to a declaration that these respondents had breached the fundamental rights of the petitioners and all citizens. In a 146-page dissent, one judge held that the respondents were not liable for any violation.

A full analysis of the decision is beyond the scope of this post. Instead, I wish to discuss four significant implications of the judgment, in terms of its reasoning and outcome. First, the court's jurisdiction in political/policy questions; second, the expansion of the exception to the time bar in fundamental rights applications; third, the potential seeds of a jurisprudence on a right to effective government, and finally, the court's assertion of its authority vis-à-vis the political branches of government.

A Question of Policy?

We begin with the dissent. One of the preliminary objections which the dissent accepted was that the court was venturing into policy, traditionally the domain of the political branches. The respondents bolstered their argument by referring explicitly to the doctrine of political questions found in the U.S. The majority rejected the

[1] Samarakoon v Wickremesinghe, and Jayaratne v The Attorney General (SCFR 195/2022 & 212/2022, Supreme Court Minutes of 14th November 2023).

[2] Leave to proceed was not granted against two members of the Monetary Board: SC clears two Monetary Board members from petitions filed over economic crisis, Daily FT (17th November 2023), https://www.ft.lk/front-page/SC-clears-two-Monetary-Board-members-from-petitions-filed-over-economic-crisis/44-755307.

contention for two reasons. First, the court's jurisprudence already acknowledged that the court *could* intervene where a policy was manifestly unreasonable or arbitrary, or implicated an issue of constitutionality – the very claim of the petitions.[3] Second, the court was, in fact, not setting policy: it was not making a policy *prescription*, but engaging in a *post-mortem*. The majority was very clear that it was only reviewing whether the relevant actors had exercised their discretion improperly (in a manifestly unreasonable, irrational, or arbitrary manner) in failing to take remedial measures once the original policy had failed. For instance, in relation to the government's tax cuts at the end of 2019, the court notes that the tax cuts led to a dramatic loss of revenue, which in turn caused international rating agencies to downgrade Sri Lanka's credit-rating, which then locked the country out of international capital markets. The court does not fault the respondents for the initial tax cuts, but for failing to take remedial measures when it became clear that the policy had failed.[4] The principle appears to be that the court will not prescribe policy decisions *prospectively*, but that it retains the power to review the process and outcomes *retrospectively*, in exceptional circumstances.

Only a Matter of Time

Another obstacle the petitions had to overcome was that of the time bar. The constitution requires a fundamental rights application to be filed within one month of the alleged infringement.[5] Over time, the court has created certain exceptions to this rule, for instance, where the aggrieved party had no opportunity to access a lawyer in time (such as in *incommunicado* detention),[6] or where the violation of rights was of a continuing nature, comprising a series of official acts.[7] However, this case did not neatly fit either of the two categories, and lawyers for the respondents predictably argued that the petitions were filed much longer than a month after each of the impugned decisions was taken, and should therefore be dismissed – an argument ultimately accepted by the dissent.

The majority, however, accepted the petitioners' counterargument that the nature of the violation only became apparent following the disclosure of previously unknown information and that the petitioners required further time thereafter to gather all the relevant documents, analyse the information, and file a petition. They noted further that the actions were filed in the public interest, and that such an exception was in keeping with its jurisprudence on continuing violations. For these reasons, the time bar objection was overruled. The majority could have dealt with this in more detail and provided a surer footing for the exception – in reality, they did not specify from what date the one-month was reckoned.

Together, the first two implications raise interesting questions on the temporal scope of fundamental rights actions. A court will not interfere with a policy decision prospectively, unless wildly unreasonable or unconstitutional. But it will (in exceptional cases) exercise its fundamental rights jurisdiction retrospectively. Does this mean, that a decision which cannot be challenged initially, becomes liable to challenge with the passage of time?

In fact, what the judgment seems to suggest is that it is not the same decision. The first decision – to chart a specific policy course, is usually beyond the court's jurisdiction. The second decision is the one to ignore overwhelming evidence of the failure of the policy pursued by the first decision, and to knowingly continue down the same path. That decision is reviewable if it is manifestly unreasonable, irrational or arbitrary. In short, it is the uncertainty inherent initially (how will the policy play out?) that gives the political branches a margin of appreciation from the court. Once the uncertainty is removed, the court has a clearer basis when reviewing the second decision.

Effective Government and Separation of Powers

This leads to the third implication: whether the above position creates – in the words of some respondents – "a right to infallible decisions"? The majority explicitly re-

[3] See for instance, the Supreme Court's decision that the premature dissolution of parliament in 2018 was unconstitutional: Sampanthan v The Attorney General (SCFR 351/2018 and others, Supreme Court Minutes of 13th December 2018).

[4] Samarakoon v Wickremesinghe (supra n 1) at 75, "It is apparent that the continued inaction to reintroduce and/or to raise taxes and regain the government revenue that was lost, brought about an adverse impact on the economy which had a domino effect on the entire social fabric."

[5] Constitution of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka ("Constitution"), Article 126(2).

[6] Saman v Leeladasa [1989] 1 Sri L.R. 1.

[7] De Soyza v Dissanayake (SCFR 206/2008, Supreme Court Minutes of 9th December 2016).

jects this notion, and says it is merely a recognition of a continuing duty of public officers to discharge their duties in a manner commensurate with the public trust reposed in them. The judgment may, however, signal the gradual crystallisation of jurisprudence on a "right to effective government" – a nascent field in constitutional law scholarship.[8] In one passage, the majority says, *"On assumption of public office, it was their duty to ensure that the existing issues were addressed and resolved in the best interest of the country and take every possible measure to avoid an aggravation to the detriment of the people."* It may be that in future, "effectiveness" becomes a more regular lens through which government policy and legislation are scrutinized in constitutional review.

Finally, this judgment is significant because it can be seen as asserting the court's authority in its constitutional sphere. In two recent controversies, the court came close to a clash with the other branches of government. When the Supreme Court made interim orders relating to the conduct of elections, several members of Parliament claimed this was a breach of their privileges, and called for the judges involved to be summoned before Parliament.[9] In another incident, the President made remarks in the context of legal challenges to the government's domestic debt "optimization" (restructuring) plan, which were likewise seen as a threat to the judiciary.[10]

In the case under discussion too, a parliamentary select committee had been constituted to examine the causes of the economic crisis, and respondents argued that the court ought not to hear these cases given that a collateral branch (Parliament) was currently investigating the matter. The majority in firm language noted that the court was supreme in the judicial sphere, and had full jurisdiction to exercise its powers in relation to fundamental rights cases.[11] It noted that the only exception was that Parliament could exercise judicial power directly in the case of a breach of parliamentary privilege.[12] The relevant passage went so far as to point out (correctly) that this arrangement could only be changed by way of a constitutional amendment. The majority then cited British parliamentary practice (to which the Sri Lankan Parliament may have recourse) and noted that it was in fact Parliament that had to defer to the courts when litigation was pending (the *sub judice* rule). It then concluded by noting that the select committee had been constituted several months after the court had granted the petitions leave to proceed and therefore rejected the argument that it should not exercise its jurisdiction. The dissent did not contradict the majority on this point. Therefore, in this case, the court has spoken firmly to establish its sphere of authority, which can be read as signaling to the political branches its commitment to ensuring constitutionalism and the separation of powers.

This judgment is another in the string of recent decisions in which the court has engaged with issues of great political controversy.[13] However, its strict focus on the legal and constitutional implications enhances its credibility, and its reasoning will have a significant impact on the development of constitutional jurisprudence in the future.

---

[8] See generally, Vicki C. Jackson & Yasmin Dawood (eds.), Constitutionalism and a Right to Effective Government? (Cambridge University Press, 2022).

[9] BASL condemns move to summon SC judges, The Island (6th April 2023), https://island.lk/basl-condemns-move-to-summon-sc-judges/.

[10] Debt restructuring: Former BASL Chief considers Prez comments veiled threat to judiciary, The Island (8th August 2023), https://island.lk/debt-restructuring-former-basl-chief-considers-prez-comments-veiled-threat-to-judiciary/.

[11] Constitution, Article 4(c).

[12] ibid.

[13] In January 2023, the court delivered its decision in fundamental rights cases filed relating to the Easter Sunday bomb blasts, and held the then President and several other officials liable for breach of fundamental rights by their inaction; see Vidanage v Jayasundara (SCFR 163/2019 and others, Supreme Court Minutes of 12th January 2023).

About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.

The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 24 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our website). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.

We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.

Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.

Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a donation.

Find all our journal issues on Verfassungsblog.de/blatt.

We also have open access books available. Check them out at Verfassungsblog.de/books.

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL